

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

DIREITO PÚBLICO E MODERNIZAÇÃO JURÍDICA:

**Elementos para compreensão da formação da
cultura jurídica brasileira no século XIX**

CURITIBA

2010

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

DIREITO PÚBLICO E MODERNIZAÇÃO JURÍDICA:

**Elementos para compreensão da formação da
cultura jurídica brasileira no século XIX**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

DIREITO PÚBLICO E MODERNIZAÇÃO JURÍDICA: Elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Examinadores: Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

Curitiba, 1º de julho de 2010.

O ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, a sociedade como realidade complexa, articuladíssima, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produza direito (...).

Paolo Grossi,

Em Primeira lição sobre direito

(...) a história (e, em particular, a história do direito) pode ter outro escopo: o de *explicar e problematizar criticamente* (e não somente denunciar dados sepultados, como numa curiosidade necrófila tanto inútil quanto nociva), fazendo-o de um modo tal que esse saber sirva, de algum modo (de um modo crítico, que complexifique e problematize), ao nosso presente.

Ricardo Marcelo Fonseca,

em Introdução teórica à história do direito

Essa vai para o Rapha...

AGRADECIMENTOS

É de máxima importância expressar, antes de tudo, minha gratidão a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para com essa pesquisa.

Em primeiríssimo lugar, ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, quem me tem “aturado” há quase dez anos, desde o mestrado, na perseguição insistente sobre o direito no Brasil imperial. Orientador que aproximou o meu referencial teórico – e, na verdade, tem aproximado todas as pesquisas na área da história do direito no Brasil – à escola florentina, desde seu pós-doutoramento juntamente com o *Maestro* Paolo Grossi. Sem o seu incentivo e as suas preciosas diretrizes esse trabalho certamente não teria acontecido. Ao *Maestro* Ricardo Fonseca a minha eterna e sincera gratidão.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na pessoa de seu Coordenador, Professor Doutor José Antônio Peres Gediel, pela aceitação desse projeto e por toda a formação que me tem sido proporcionada há quase dez anos.

Aos Professores do PPGD/UFPR, em especial aos Doutores Abili Lázaro Castro de Lima, Cesar Antonio Serbena, Eduardo de Oliveira Leite, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Lopes Pereira, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes e Vera Karam de Chueiri, pela dedicação em trazer aprimoramentos a todos os estudantes, sempre ocupados no rigorismo científico que faz deste um dos melhores centros de estudos jurídicos do País.

Aos Professores que compuseram a banca de qualificação, Doutores Arno Dal Ri Júnior, Celso Luiz Ludwig e Sérgio Said Staut Júnior, pelas preciosíssimas contribuições na fase definitiva da pesquisa; reitero o agradecimento para composição da banca final, agora acrescida do Professor Doutor Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, a quem igualmente agradeço.

Aos queridos e sempre disponíveis servidores do PPGD/UFPR, Laura, Sandra, Fátima e Rosana, pela dedicação e atenção incansável no auxílio cotidiano de nossas necessidades.

Aos meus colegas e amigos, que são inúmeros – e cujo rol não caberia em todas as páginas dessa tese – mas que podem muito bem ser representados pelo Professor Fabrício Nicolai Mancini, e aos professores e estudantes da Universidade Tuiuti do Paraná, da Faculdade Radial-Estácio de Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná. Agradeço a todos pelos momentos de árduo trabalho, assim como pelos de descontração, igualmente necessários.

Às instituições que, de certa forma, sustentaram essa pesquisa, aceitando minhas ausências, e permitindo uma certa interlocução através de projetos de iniciação científica aprovados, a partir dos quais pude receber de vários colegas e estudantes críticas, comentários, correções e sugestões. À Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná e à Faculdade Radial-Estácio de Curitiba, pelos seus respectivos coordenadores, Phillip Gil França, João Baptista Nogueira Neto e Fernanda Schaefer Rivabem.

Por fim, e em verdade a quem mais importa: a minha família, vastíssima, nacional e internacionalmente espalhada, mas que aqui ressalto nas pessoas de minha amada Aline, e de nossos pequenos Raphael e Maria Eduarda. Vocês três: razão de minha vida.

Ainda, aos meus pais, Clovis e Lucia, *por tudo!*

SUMÁRIO

RESUMO	x
ABSTRACT	xi
RIASUNTO	xii
INTRODUÇÃO	1
1. O LUGAR DA FALA	6
1.1. Cultura e civilização	6
1.2. História cultural e história do direito	16
1.2.1. <i>A escola dos Annales, história das mentalidades e história cultural</i>	16
1.2.2. <i>A escola florentina e a historiografia jurídica</i>	28
1.3. Cultura jurídica e pensamento jurídico	33
1.4. Cultura jurídica brasileira	41
2. OS JURISTAS E A OCUPAÇÃO COM O DIREITO	53
2.1. O papel dos juristas na formação da cultura jurídica: quem é o jurista?	53
2.2. Juristas e ciência do direito	64
2.3. Pensamento jurídico e discursos jurídicos no Brasil imperial	70
2.3.1. <i>Consagração do Império e bacharelismo</i>	72
2.3.2. <i>Os juristas e o Conselho de Estado</i>	79
2.3.3. <i>O ensino jurídico</i>	85
2.3.4. <i>O Instituto dos Advogados Brasileiros</i>	92
3. JURISTAS DO IMPÉRIO E SUA PRODUÇÃO	96
3.1. Bernardo Pereira de Vasconcelos	100
3.1.1. <i>Obra</i>	110
3.1.2. <i>O Código Criminal</i>	115
3.2. José Antônio Pimenta Bueno	125
3.2.1. <i>Obra</i>	126
3.2.2. <i>Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império</i>	128

3.3. Paulino José Soares de Sousa	144
3.3.1. <i>Obra</i>	147
3.3.2. <i>Ensaio sobre o Direito Administrativo</i>	148
3.4. Tobias Barreto de Meneses	158
3.4.1. <i>Obra</i>	160
3.4.2. <i>A Faculdade de Direito do Recife</i>	162
3.4.3. <i>O pensamento e o germanismo de Tobias Barreto</i>	165
CONCLUSÕES	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	188

RESUMO

Esta pesquisa pretende investigar elementos de formação da cultura jurídica no Brasil, em tempos de Império, desde a produção dos juristas notadamente publicistas, no contexto da modernização jurídica. Parte de uma análise sobre as possibilidades de uma cultura jurídica própria, na fundamentada distinção entre cultura e civilização. Admitindo a civilização brasileira, e conseqüentemente a cultura brasileira, a produção doutrinária e legislativa dos juristas Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Antônio Pimenta Bueno, Paulino José Soares de Sousa e Tobias Barreto de Meneses bem contribuíram para com um redirecionamento no desenvolvimento jurídico, e derivativamente político no Brasil. São ainda verificados os espaços por onde a cultura jurídica se manifestava e se desenvolvia, como o ensino jurídico, as entidades de classe (IAB), o Conselho de Estado e o parlamento. E tem como característica o legalismo, o centralismo e a soberania de Estado, a cargo do Poder Moderador.

Palavras-chave: cultura jurídica brasileira, formação, Brasil Império, juristas, doutrina, legislação, modernidade jurídica.

ABSTRACT

The aim of this study was to investigate Brazilian's legal culture formation elements during the Empire from the work of jurists mainly publicists, in the legal modernization context. It starts with an analysis on the possibilities of a legal culture of its own, based on the distinction between culture and civilization. Considering a Brazilian civilization, and therefore a Brazilian culture, the legislative and legal doctrine work of Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Antônio Pimenta Bueno, Paulino José Soares de Sousa and Tobias Barreto de Meneses contributed to redirect the development of legal and political views in Brazil. There are still checked the areas where the legal culture had appeared and developed, such as in legal education, representative bodies (IAB), the State Council and the parliament. With characteristics including the legal, the centrality and sovereignty of State, over Power Moderator.

Key-words: Brazilian legal culture, formation, Empire of Brazil, law, doctrine, legislation, legal modernity.

RIASUNTO

Questo studio intende indagare elementi di formazione della cultura giuridica in Brasile all'epoca dell'impero. Dalla produzione di giuristi soprattutto pubblicisti, nel contesto della modernizzazione giuridica. Parte di un'analisi che riguarda la possibilità di una cultura giuridica propria, basata sulla distinzione tra cultura e civiltà. Ammettendo la civiltà brasiliana, compreso la cultura stessa, è vero che le innumerevole produzione delle dottrine giuridiche e legislative di nomi come Bernardo Pereira de Vasconcelos, Jose Antonio Pimenta Bueno, José Paulino Soares de Souza e Tobias Barreto de Meneses, contribuirono, di forma cospicua, alla formazione di un nuovo pensiero legato allo sviluppo del diritto, della politica e dei derivati nel nostro paese. Sono controllati gli spazi in cui si manifestano all'interno delle culture giuridiche e si sviluppano come l'istruzione giuridica, associazioni di categoria (IAB), Consiglio di Stato e del parlamento. Con caratteristiche tra cui legale, il centralismo e la sovranità del Stato sul Potere Moderatore.

Parole chiave: cultura giuridica brasiliana, la formazione, Impero del Brasile, del diritto, dottrina, legislazione, modernità giuridica.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa surge num contexto de busca incessante pela formação da cultura jurídica brasileira. Ciente de ser, no Brasil, a história do direito disciplina ainda embrionária, tem sido objeto de pesquisa, em diversas vertentes e em alguns programas de pós-graduação em direito e em história, a passagem das caracterizações do direito português ao direito brasileiro, com especial destaque à cultura jurídica, expressão de uma nova modalidade de pensamento jurídico após 1822.

Alguns trabalhos de peso foram desenvolvidos no âmbito do direito privado¹, até porque a tradição privatista no Brasil é mais clara e contundente do que a prática no direito público: seus conceitos e categorias ainda estiveram implicados, ao menos na primeira metade do século XIX, com as ordenações portuguesas, ao passo que a cultura jurídica de direito público no Brasil partiu da negação às tradições até então consolidadas, no evidente objetivo de “modernizar” o Estado-nação que se constituía.

As diferenças de tratamento entre o público e o privado são nítidas e merecem chaves de compreensão igualmente distintas. No período de “transição” em que se configura o século XIX no Brasil, sob o ponto de vista político e jurídico,

¹ A título de exemplificação, apenas para ficar no PPGD-UFPR, cita-se a tese de STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese doutoral apresentada ao PPGD-UFPR, 2009. Ainda, a dissertação de FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica*. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD-UFPR, 2008. E os textos de FONSECA, Ricardo Marcelo. *A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*. In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006. _____. *A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. In: Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, v. XVII, p. 97-112, 2005. _____. *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento*. In: Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, v. 33/34, p. 963-984, 2005.

o Estado-nação chegou dizendo-se “estatal”, pretendendo de início uma organização política centralizada, em cuja “modernidade” estaria presente a herança de princípios dos recentíssimos Estados liberais burgueses.

Nessa toada, o Brasil (Império) nunca quis ser pré-moderno, nem arcaico. E a fuga a esse expediente, tão natural quanto óbvio em termos de tradições (portuguesas), estaria no ferramental elaborado pelo direito público. A cultura jurídica de direito público se tornou, assim, verdadeiro instrumento de “emancipação” do Brasil “moderno”.

A partir dessas observações, torna-se oportuno o estudo dos interstícios de direito público em formação, no Brasil imperial. Optou-se, para tanto, a análise interna das obras (ou produções) dos juristas publicistas de então, notadamente aqueles que contribuíram efetivamente para com a construção desse arcabouço técnico capaz de alçar o Brasil à modernidade jurídica (e política, na origem).

Eis o critério para “escolha” desses autores: o encadeamento das fontes dos juristas ligados àquilo que a ciência jurídica passou a tratar como direito público, tendo como objeto de análise, portanto, a tentativa de entendimento da cultura jurídica brasileira de direito público no já apontado contexto histórico de transição. No Brasil, esses juristas – o que se nota pelas suas obras, referenciadas em inúmeros outros trabalhos daquele mesmo contexto histórico – são os primeiros a colocar as tensões e distinções no campo do direito público.

A atividade legislativa de Bernardo Pereira de Vasconcelos é crucial para a instauração do legalismo que pairava nessa modernização jurídica e política do Brasil imperial. As doutrinas de José Antonio Pimenta Bueno e Paulino José Soares de Sousa, igualmente, demonstram uma das principais características desse novo regime, o centralismo, pautado na força do Poder Moderador e de seu órgão auxiliar, o Conselho de Estado. Pimenta Bueno, ademais, discute as diferenças entre público e privado, o que, em si, é moderno e novo! Em Tobias Barreto de Meneses, já em fins do Império, é possível observar o contraste dado a partir de sua visualização no direito comparado, especialmente no germanismo que lhe é peculiar.

E para encadear o tratamento comparativo dessa “ciência jurídica” em ebulição durante o Império, propõe-se as seguintes temáticas: o papel da lei como agente das liberdades; o papel da lei diante de outras fontes, além da análise de direito comparado; os métodos de interpretação da lei; o princípio da soberania. Pois é sabido que o princípio da legalidade, primazia fundamental da Declaração de 1789, dá o tom para a própria liberdade! A redistribuição do poder está, na modernidade, vinculada ao comando da lei, cuja definição fica a cargo do Estado, englobante da “vontade geral”. Pois que a lei é o critério da liberdade.

Um novo sentido de cidadania vem à tona, onde a relação entre sujeito, comunidade política (Estado) e direito é redesenhado: na modernidade, os direitos dos sujeitos só podem ser expressos em lei, e estas, por sua vez, são seguradas e garantidas pelo Estado.

Da Europa para o Brasil devem ser guardadas as proporções, pois de uma tradição medieval, de longa duração, a pesquisa presente passa para um certo localismo, que nem tradição contém ainda. Mas, de qualquer forma, não se pode menosprezar o intuito dos juristas do Império brasileiro em se espelhar no modelo europeu “liberal” que consagra a cidadania no pretense Estado-nação já politicamente emancipado².

É claro que esses critérios (o legalismo, as fontes e o direito comparado, a hermenêutica e a soberania) aparecem em maior ou menor grau numa ou noutra obra analisada, de modo que são reciprocamente complementares, dando vazão, no todo, aos aspectos primordiais de redefinição para a modernidade jurídica no Brasil, a partir das produções de direito público.

Assim, se a cultura jurídica de direito público que se coloca explicitamente no projeto de modernização do Brasil é eficaz, parece estar registrada de plano na ciência jurídica do Império, o que culmina com a tese aqui proposta, levantada por hora enquanto “problemática”: como esses juristas publicistas – ou o que a cultura jurídica de direito público brasileiro, por eles representada – entendiam a modernização com relação aos “pontos cardeais” no direito público? É possível identificar esses juristas como portadores de uma cultura jurídica de direito público de transição?

² A esse respeito, Pietro Costa bem define cidadania: “(...) il termine ‘cittadinanza’ ha acquisito un significato più ampio, tanto da divenire un termine corrente del ‘discorso pubblico’ odierno. In questa prospettiva conviene intendere per ‘cittadinanza’ il rapporto politico fondamentale, il rapporto fra un individuo e l’ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce. (...) ‘Cittadinanza’ è un’espressione utilizzabile per mettere a fuoco il rapporto politico fondamentale e le sue principali articolazioni: le aspettative e le pretese, i diritti e i doveri, le modalità di appartenenza e i criteri di differenziazione, le strategie di inclusione e di esclusione. Studiare questi temi dal punto di vista della ‘cittadinanza’ significa assumerli come profili di un oggetto di analisi di cui si intende sottolineare l’unitarietà”. Em COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Roma-Bari: Laterza, 2005, pp. 3-4.

Para responder, o texto será encadeado de maneira a abordar, numa primeira parte, o referencial metodológico da pesquisa. *O lugar da fala* contém precisamente o posicionamento do historiador do direito que pretende verificar a possibilidade de uma cultura jurídica no Brasil imperial. Para tanto, parte da discussão acerca de cultura e civilização, atinge o debate metodológico entre a Escola dos *Annales* e a Escola de Florença, e responde a indagação sobre cultura jurídica brasileira.

Num segundo momento, será importante “definir” jurista, em mais uma clara intenção de posicionamento acerca do modo como será tratada a produção da ciência jurídica no contexto de análise. O papel do jurista – sua produção, suas obras, suas atividades – assume importante denominador na construção de uma cultura jurídica, e as suas práticas podem ser percebidas no Conselho de Estado, na instituição do bacharelismo, nos órgãos de classe (notadamente o Instituto dos Advogados Brasileiros) e no ensino jurídico.

Finalmente os juristas virão à tase, numa abordagem estrutural de sua produção legislativa ou doutrinária, para concluir a pretensa modernidade jurídica. A análise dos principais escritos de Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Antonio Pimenta Bueno, Paulino José Soares de Sousa e Tobias Barreto de Meneses podem demonstrar que, apesar das dificuldades peculiares do Brasil em transição, houve claro intento de definição de um modelo de Estado e de direito próprios no século XIX, dentro dos parâmetros do publicismo, que em muito se diferem daquela tradição privatista remontante, ainda no Brasil imperial, ao *jus commune*, ao direito romano e ao direito canônico.

1. O LUGAR DA FALA

Quando se pretende construir a tese que defende a formação da cultura jurídica brasileira, inúmeros conceitos preliminares devem ser apresentados a fim de nortear a pesquisa. Para se atingir a conclusão acerca de uma possível “cultura jurídica brasileira” é mister decompor: seguir os conceitos de cultura, de cultura jurídica, de cultura brasileira e, finalmente, de cultura jurídica brasileira. Epistemologicamente, a pesquisa se encontra no campo da história do direito, razão para, em outro panorama, buscar as diferenças e proximidades entre a historiografia social e a historiografia jurídica.

Por isso, antes de tudo cumpre demonstrar *o lugar da fala*, a perspectiva do pesquisador, os conceitos fundamentais que embasam a tese e o seu referencial teórico-metodológico de abordagem. Em suma, o posicionamento sobre os conceitos de cultura jurídica e cultura jurídica brasileira, bem como as bases teóricas de tal posição.

1.1. Cultura e civilização

Uma mesa cheia de feijões.

O gesto de os juntar num montão único. E o gesto de os separar, um por um, do dito montão.

O primeiro gesto é bem mais simples e pede menos tempo que o segundo.

Se em vez da mesa fosse um território, em lugar de feijões estariam pessoas. Juntar todas as pessoas num

montão único é trabalho menos complicado do que o de personalizar cada uma delas.

O primeiro gesto, o de reunir, aunar, tornar uno, todas as pessoas de um mesmo território é o processo da CIVILIZAÇÃO.

O segundo gesto, o de personalizar cada ser que pertence a uma civilização é o processo da CULTURA.

É mais difícil a passagem da civilização para a cultura do que a formação de civilização.

A civilização é um fenómeno colectivo.

A cultura é um fenómeno individual.

Não há cultura sem civilização, nem civilização que perdure sem cultura.

José Almada Negreiros, em *Ensaio*s

Os textos redigidos na década de 1930 *O processo civilizador* (Norbert Elias) e *História da gênese das funções mentais superiores* (Lev Vygotsky) estão muito próximos na ideia de que o homem é obra do próprio homem. O “processo” defendido por Elias pretende justificar uma lenta construção do homem pelo homem, descartando fatos eventualmente provenientes da natureza, da metafísica ou de qualquer outro fator externo. A “constituição cultural” percebida por Vygotsky, na mesma medida, dá sentido aos acontecimentos que constituem o homem, em virtude de suas articulações no decorrer do próprio processo civilizador/cultural.

É certo que *os lugares da fala* destes dois teóricos são diferentes, pois abordam a partir de questões teórico-metodológicas distintas: de um lado as ciências sociais, de outro a psicologia da educação. Mas o ponto de encontro está

impressionantemente presente, pois o sociólogo admite a obrigatoriedade de uma passagem de cada indivíduo pelo processo civilizador, a fim de que possa atingir o padrão em que a sociedade, pela história, chegou, vertente essa que se identifica na tese do educador, quando elabora que o desenvolvimento intelectual da criança está diretamente vinculado às suas interações sociais: ou seja, em Elias e em Vygotsky, definitivamente, o homem se forma na – e em função da – sociedade.³

O trabalho de Elias suscita desde o início a clássica relação entre os termos *Kultur* e *Zivilisation*, que, em última análise, “expressa a consciência que o Ocidente tem de si mesmo”⁴. Para o autor, *Zivilisation* descreve um processo, indica movimento, dinâmica permanente com pretensão de resultados futuros, estes também em constante movimento “para a frente”. Já o conceito alemão de *Kultur* implica em algo não necessariamente dinâmico, mas delimitador: produtos do homem e sistemas sociais onde sejam perceptíveis as caracterizações dos povos.

A partir da apropriação da idéia de *Kultur* é possível perceber a ênfase dada especialmente à identidade de certos grupos sociais, posto refletir este conceito na “consciência de si mesma de uma nação que teve de buscar e constituir incessante e novamente suas fronteiras, tanto no sentido político como espiritual, e repetidas vezes perguntar a si mesma: ‘Qual é, realmente, nossa identidade?’”⁵.

³ Essa tese que aborda a concepção de civilização em Elias e Vygotsky foi desenvolvida em PINO, Angel. *Cultura e processo civilizador: um confronto de idéias de N. Elias e Lev S. Vigotski*. IX Simpósio Internacional Processo Civilizador, Ponta Grossa, 2005.

⁴ ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador, v. 1: Uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 23.

⁵ *Idem*, p. 25.

Elias aborda com precisão as distinções e proximidades entre os conceitos alemão e francês, destacando a *Civilisation* francesa, emergente dos movimentos de oposição travados na segunda metade do século XVIII, pelo contexto da Revolução Francesa, uma correspondência à *Kultur* germânica. Em bela página que retrata o discurso de Mirabeau, na década de 1760, o autor surpreende com esta máxima dita pelo *orateur du peuple*:

Se perguntar o que é civilização, a maioria das pessoas responderia: suavização de maneiras, urbanidade, polidez, e a difusão do conhecimento de tal modo que inclua o decoro no lugar de leis detalhadas: e tudo isso me parece apenas a máscara da virtude, e não sua face, e civilização nada faz pela sociedade se não lhe dá por igual a forma e a substância da virtude.⁶

A partir das considerações acerca da sociedade de corte, encontrada nessa e em muitas outras obras de Elias⁷, destaca o autor que Mirabeau, com esse discurso, vinculara o conceito de “civilização às características específicas da aristocracia de corte, e com razão: isto porque o *homme civilisé* nada mais era do que uma versão um tanto ampliada daquele tipo humano que representava o verdadeiro ideal da sociedade de corte, o *honnête homme*”⁸. Dessa forma, se por um lado o conceito de civilização constitui a antítese de seu estágio anterior (a barbárie), sentimento esse que verdadeiramente permeava a sociedade de corte desde fins do século XVII, por outro lado a “classe média” burguesa

⁶ *Idem*, p. 54.

⁷ ELIAS, Norbert. *A Sociedade de corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. _____. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. _____. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. _____. *Mozart: sociologia de um gênio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

⁸ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. *Op. Cit.*, p. 54.

revolucionária estava convicta de que os povos ainda não estavam suficientemente civilizados, acarretando nessa idéia a perspectiva de que civilização não pode ser apenas um *status* (estático), mas igualmente um *processo* (dinâmico).

Enfim, para a corte, por si mesmo considerada civilizada, partícipe de um padrão elevado de sociedade em termos de moral e costumes, a “barbárie” (burguesia) correspondia à sociedade “incivilizada”: eis aqui a conotação francesa da *Civilisation*. Assim,

o conceito francês de *civilisation* reflete o fado social específico da burguesia da nação exatamente como o conceito de *Kultur* reflete o alemão. O conceito de *civilisation* é inicialmente, como acontece com o de *Kultur*, um instrumento dos círculos de classe média – no conflito social interno. Com a ascensão da burguesia, ele veio, também, a sintetizar a nação, a expressar a auto-imagem nacional. Na própria revolução, a *civilisation* (que, naturalmente, refere-se sobretudo a um processo gradual, a uma evolução, e não abandonou ainda seu significado original como programa de reforma) não desempenha qualquer papel de relevo entre *slogans* revolucionários.⁹

Sendo de natureza interna, a civilização se faz inicialmente mediante conscientização da classe – e dos povos, e das nações – acerca do processo pelo qual deverão passar, como fase primitiva fundamental na pretensão de atingir determinado comportamento ou grau de *Zivilisation*, aí sim dinâmica, ou ao menos paradigmática (na ciência, na educação, na tecnologia, na arte e na política).

Essa fundamentação permite retomar a discussão sobre as proximidades e distinções entre cultura e civilização.

⁹ *Idem*, pp. 63-64.

A primeira história de Heródoto suscitou uma primeira problemática no que tange às diversidades dos costumes, ao observar a singularidade dos lícios:

Eles têm um costume singular pelo qual diferem de todas as outras nações do mundo. Tomam o nome da mãe, e não o do pai. Pergunte-se a um lício quem é, e ele responde dando o seu próprio nome e o de sua mãe, e assim por diante, na linha feminina. Além disso, se uma mulher livre desposa um homem escravo, seus filhos são cidadãos integrais; mas se um homem livre desposa uma mulher estrangeira, ou vive com uma concubina, embora seja ele a primeira pessoa do Estado, os filhos não terão qualquer direito à cidadania.

Ao considerar os costumes dos lícios diferentes de “todas as outras nações do mundo”, Heródoto estava tomando como referência a sua própria sociedade patrilineal, agindo de uma maneira etnocêntrica, embora ele próprio tenha teoricamente renegado esta postura ao afirmar:

Se oferecêssemos aos homens a escolha de todos os costumes do mundo, aqueles que lhes parecessem melhor, eles examinariam a totalidade e acabariam preferindo os seus próprios costumes, tão convencidos estão de que estes são melhores do que todos os outros.¹⁰

É possível destacar desta idéia, além daquilo que já restou observado entre as concepções germânica e francesa dos termos, que a civilização e a cultura podem ser interpretadas, analisadas, entendidas ou compreendidas de distintas maneiras, consideradas ou criticadas a partir do ponto de vista – do *lugar da fala* – do crítico ou do considerante. E mais: que a civilização e a cultura podem ser forjadas a partir dos costumes, dos usos, das práticas daqueles que as vivenciam, sendo essa “forja” pessoal/coletiva, dinâmica e pragmática, a verdadeira essência do processo civilizador/cultural.

¹⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, pp. 10-11.

“A natureza dos homens é a mesma; são os seus hábitos que os mantêm separados”, já ensinava Confúcio no século V a.C. E quando Edward Tylor sintetizou os já referenciados termos *Kultur* e *Civilisation*, aquele na pretensão de simbolizar os aspectos “espirituais” da comunidade, e este referindo-se às realizações materiais do povo, o vocábulo inglês *culture* atingiu o “seu amplo sentido etnográfico”, para dizer que, afinal, cultura é “este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”¹¹.

A *culture* de Tylor conseguiu abranger todas as possibilidades de realização humana, marcando definitivamente o seu caráter dinâmico e progressivo, em oposição à até então consagrada premissa estática de transmissão biológica ou “transcendental” de todos os conhecimentos e costumes dos povos. Assim, definitivamente o homem é resultado direto do meio cultural em que fora socializado, herdeiro de todas as acumulações de conhecimentos e experiências que o precederam.

E como o debate ganhou – o que era, desde seu projeto, inevitável – proporções antropológicas¹², é cabível a síntese apontada por Clifford Geertz, quem remete ao que considera “uma das melhores introduções gerais à antropologia, o *Mirror for Man*, de Clyde Kluckhohn”, onde a definição de cultura se apresenta da seguinte forma:

¹¹ Edward Tylor *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Op. Cit.*, p. 25.

¹² Kroeber escreveu em 1950 que “a maior realização da Antropologia na primeira metade do século XX foi a ampliação e a clarificação do conceito de cultura”. Em LARAIA, Roque de Barros. *Op. Cit.*, p. 28.

(1) “o modo de vida global de um povo”; (2) “o legado social que o indivíduo adquire do seu grupo”; (3) “uma forma de pensar, sentir e acreditar”; (4) “uma abstração do comportamento”; (5) “uma teoria, elaborada pelo antropólogo, sobre a forma pela qual um grupo de pessoas se comporta realmente”; (6) “um celeiro de aprendizagem em comum”; (7) “um conjunto de orientações padronizadas para os problemas recorrentes”; (8) “comportamento aprendido”; (9) “um mecanismo para a regulamentação normativa do comportamento”; (10) “um conjunto de técnicas para se ajustar tanto ao ambiente externo como em relação aos outros homens”; (11) “um precipitado da história” (...).¹³

Portanto, é fácil perceber que o termo cultura pretende indicar a maneira ou a forma de um grupo, povo ou nação viver, pensar, comportar-se, transmitida / recebida ao longo do tempo, capaz de adaptar (movimento ativo) e adaptar-se (movimento passivo) às novas perspectivas, aos novos modelos de civilização, de pensamento e de comportamento. É assim que define Geertz:

A cultura consiste em estruturas de significado socialmente estabelecidas, nos termos das quais as pessoas fazem certas coisas como sinais de conspiração e se aliam ou percebem os insultos e respondem a eles (...).

(...) Como sistemas entrelaçados de signos interpretáveis (o que eu chamaria de símbolos, ignorando as utilizações provinciais), a cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma inteligível – isto é, descritos com densidade.¹⁴

¹³ Clyde Kluckhohn, *apud* GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 14.

¹⁴ GEERTZ, Clifford. *Op. Cit.*, pp. 23-24.

Importa, pois, destacar a precisa significação aqui pretendida, a fim de determinar sua base social e sua importância, ressalvadas as “fugas” ou “ciladas” que o termo compreende: o folclorismo, o institucionalismo, o estruturalismo, as classificações, as coleções, os rótulos.

No campo diverso porém próximo da historiografia, o historiador britânico Edward P. Thompson identifica a cultura nos costumes que se manifestaram na vida dos trabalhadores ingleses do séc. XVIII. Defende que parte destes costumes eram, em verdade, reivindicações de novos direitos que foram efetivamente conquistados. A partir do momento em que o conjunto de costumes adquire esse “plural” (*costumes*) e é reduzido a “mecanismos de sobrevivência”, perde-se o sentido do *costume* “não como posterior a algo, mas como *sui generis*: ambiência, *mentalité*, um vocabulário completo de discurso, de legitimação e de expectativa”¹⁵.

Com isso, sem desatentar para uma vertente crítica, Thompson encontra no termo *costume* a origem da moderna expressão *cultura*:

No século XVIII, o costume constituía a retórica de legitimação de quase todo uso, prática ou direito reclamado. (...) Era um campo para a mudança e a disputa, uma arena na qual interesses opostos apresentavam reivindicações conflitantes. Essa é uma razão pela qual precisamos ter cuidado quanto a generalizações como “cultura popular”. Esta pode sugerir, numa inflexão antropológica influente no âmbito dos historiadores sociais, uma perspectiva ultraconsensual dessa cultura, entendida como ‘sistema de atitudes, valores e significados compartilhados, e as formas simbólicas (desempenhos e artefatos) em que se acham incorporados’. Mas

¹⁵ THOMPSON, Edward Palmer. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 14.

uma cultura é também um conjunto de diferentes recursos, em que há sempre uma troca entre o escrito e o oral, o dominante e o subordinado, a aldeia e a metrópole; é uma arena de elementos conflitivos, que somente sob uma pressão imperiosa – por exemplo, o nacionalismo, a consciência de classe ou a ortodoxia religiosa predominante – assume a forma de um “sistema”. E na verdade o próprio termo “cultura”, com sua invocação confortável de um consenso, pode distrair nossa atenção das contradições sociais e culturais, das fraturas e oposições existentes dentro do conjunto.¹⁶

E alerta, assim como Geertz, para as armadilhas ocultas que necessitam ser desarmadas, sob pena de perda do referencial e, afinal, do próprio *lugar da fala*:

Mesmo assim, não podemos esquecer que “cultura” é um termo emaranhado, que, ao reunir tantas atividades e atributos em um só feixe, pode na verdade confundir ou ocultar distinções que precisam ser feitas. Será necessário desfazer o feixe e examinar com mais cuidado os seus componentes: ritos, modos simbólicos, os atributos culturais da hegemonia, a transmissão do costume de geração para geração e o desenvolvimento do costume sob formas historicamente específicas das relações sociais e de trabalho.¹⁷

Cultura e civilização se encontram e se separam a todo instante. Tal qual o corpo e a consciência: na vigília a consciência está no corpo; no sono profundo está fora do corpo, ou, melhor dizendo, o corpo não detém consciência. Civilização é corpo; cultura é consciência. Um grupo, uma sociedade, um povo, uma nação podem, no transcurso do tempo, alterarem-se entre civilização e barbárie, e, seja como for, deterão cultura: seus signos e ritos, seus costumes e

¹⁶ *Idem*, pp. 16-17.

¹⁷ *Idem*, p. 22.

comportamentos, suas crenças, suas práticas, suas racionalidades coexistentes, sua história.

1.2. História cultural e história do direito

1.2.1. A escola dos Annales, história das mentalidades e história cultural

Le principal péché des historiens vis-à-vis de l'histoire du droit est l'ignorance.

Jacques Le Goff

A história cultural é filha temporã da escola historiográfica francesa dos *Annales*, movimento iniciado em Estrasburgo nos fins da década de 1920, por Marc Bloch e Lucien Febvre. Pretendiam os fundadores dessa prestigiada escola desenvolver um conjunto de estratégias úteis ao combate da história tradicional, historicizante, *événementielle*. Até então predominava na academia francesa um tipo de história preocupada apenas com os grandes acontecimentos, com fatos singulares de natureza política e militar, uma história que se furtava ao debate e ao diálogo com as demais ciências humanas (sobretudo a antropologia, a psicologia, a geografia, a economia e a sociologia). Propunham, dessa forma, os fundadores dos *Annales d'histoire économique et sociale*, uma história das estruturas em movimento, uma “nova história” baseada na interdisciplinaridade.

O que se via na França, e praticamente em toda a Europa, antes dessa proposta era uma história escrita sob a forma de crônica narrativa de eventos

especialmente políticos e militares. O dicionário da Academia Francesa, na primeira edição de 1694, assim dispunha sobre o conceito de história: “é a narração das ações e das coisas dignas de memória”. A oitava edição, de 1935, ainda corroborou: “história é o relato de ações, de acontecimentos, de coisas dignas de memória”.¹⁸ A segunda metade do século XIX foi muito fértil em possibilidades metodológicas, e apesar dos escritos de Jules Michelet, Jacob Burckhardt, Marx, Comte, Spencer, Durkheim, Lamprecht, Lavissee, o “clima” histórico, ou historiográfico, ainda era de culto ao “fetichismo dos fatos”.

As produções de Bloch e Febvre cortaram essa tradição: em *La société féodale* Bloch apresenta toda uma cultura do feudalismo, analisando a sociedade feudal como um todo, de 900 a 1300, trabalhando a idéia de “longa duração”, termo que será aperfeiçoado por Fernand Braudel. Febvre, por sua vez, consegue atingir o clímax de refutar toda e qualquer possibilidade de se pensar o ateísmo no século XVI, em seu *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle: la religion de Rabelais*, a partir de suas contestações aos argumentos de Abel Lefranc, editor de Rabelais, quem apontava infundadamente o autor da série *Gargântua e Pantagruel* como um ateu (e por isso injustamente acusado pelo Vaticano e pela *Sorbonne*).

Braudel, discípulo de Febvre, escreveu o monumental *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*. Considerado o ícone da segunda geração da escola, nessa obra, escrita praticamente de memória na prisão de Lübeck, aborda aspectos até então impensados por historiadores: a geologia e a geografia do mediterrâneo, as sociedades e suas culturas, as relações e

¹⁸ Em DOSSE, François. *A História em Migalhas: dos Annales à nova história*. Tradução de Dulce A. Silva Ramos. Campinas: Edunicamp, 1992, p. 36.

as barreiras sociais e políticas daquele espaço naquele tempo, a economia, a conjuntura de um local que, “por acaso”, no século XVI, é comandado por Filipe II (dedica aliás, ironicamente, ao final da obra, pouquíssimas páginas a essa personagem, quem, na “história tradicional”, teria sido o ator principal da trama).

A partir do final da década de 1960 os historiadores recrutados por Braudel passam a assumir e pulverizar a escola, fundando “extraoficialmente” uma terceira geração que se espalha pelo mundo todo: Jacques Revel, Jacques Le Goff, Georges Duby, Michèle Perrot, Emmanuel Le Roy Ladurie, Philippe Ariès, Jean Delumeau, Roger Chartier, além de surtir influências em inúmeros historiadores importantes, tais como Robert Darnton e Carlo Ginzburg. Os *Annales* adquirem “poder acadêmico” consistente, desde que passam a ocupar espaços consagrados e importantes no meio intelectual francês e mundial: *Le Figaro*, *Le Monde*, *L'Express*, *Le Nouvel Observateur*, *Channel 7*, *Sorbonne*, *Collège de France*, *L'École des Hautes Études en Sciences Sociales*, universidades européias e norte-americanas... e a crítica é imediata, pois o projeto original da escola poderia estar sendo abandonado, diante da preocupação hegemônica da “nova historiografia” em aprender, pesquisar, ensinar, escrever, editar, comercializar, vender. François Dosse chega ao ponto de ironizar a terceira geração quando aduz que “os responsáveis pelas coleções históricas da maior parte das editoras são membros dos *Annales*. Assim, ocupam uma posição de poder essencial, o de selecionar as obras consideradas dignas de ser editadas e deixar de lado as outras. (...) A produção histórica francesa tornou-se quase um monopólio dos *Annales*”¹⁹. Mas o

¹⁹ *Idem*, p. 15.

mesmo crítico, por outro lado, assim bem sintetizou o espírito desse “clima” intelectual à terceira geração da escola:

O Ocidente descobre os charmes discretos do tempo antigo, da idade do ouro perdida, da *belle époque*, que é preciso reencontrar. É esse tempo reencontrado que os historiadores se encarregam de reproduzir ao tomarem emprestado os instrumentos de análise e os códigos dos etnólogos. O reprimido torna-se portador de sentido. Tudo se torna objeto de curiosidade para o historiador, que desloca seu olhar para as margens, para o avesso dos valores estabelecidos, para os loucos, para as feiticeiras, para os transgressores... O horizonte do historiador fecha-se sobre um presente imóvel, não há mais futuro (...). (...) Abandona-se os tempos fortes e os movimentos voluntaristas de mudança, em direção à memória do quotidiano das pessoas simples.²⁰

Ora, não é difícil imaginar que a conjuntura pela qual passava a própria historiografia daria margem para discussões teóricas acerca de seus métodos e conceitos. Convém destacar o debate que ora aproximou e ora distanciou a *história cultural* da *história das mentalidades*. Esta, por vezes, criticada em função de um certo afastamento dos *Annales*, ou, se não afastada, herdeira de seus defeitos.

A *história das mentalidades* surgiu em oposição à perspectiva econômica da história, que sob influência marxista predominou na historiografia francesa entre as décadas de 1950-1960. O termo *mentalité*, usado para exprimir algo próximo a uma psicologia histórica coletiva, pode ser identificado, no entanto, com o próprio fundador da escola, Marc Bloch, onde no seu *Les rois*

²⁰ *Idem*, p. 168.

thaumaturges apresentava um conjunto de crenças populares, um pensamento coletivo, uma *mentalité* acerca do poder de cura do toque real dos reis taumaturgos medievais. Aliás, o mesmo se verifica no estudo de Febvre sobre a descrença no século XVI (o suposto ateísmo de Rabelais, já mencionado).

Veja-se o exemplo colhido de Philippe Ariès acerca da presença da *mentalité* em Febvre:

Outro exemplo foi dado por Lucien Febvre, o da compatibilidade entre atitudes que se tornaram desde então incompatíveis. Margarida de Navarra, irmã de Francisco I, podia escrever sem escrúpulos exagerados, um após o outro, o *Heptamerão*, coletânea de contos licenciosos, e o *Espelho de uma alma pecadora*, coletânea de poemas espirituais. Nossos costumes também não tolerariam essa mistura ingênua e essa boa fé.

Certas coisas, portanto, eram concebíveis, aceitáveis, em determinada época, em determinada cultura, e deixavam de sê-lo em outra época e numa outra cultura. O fato de não podermos mais nos comportar hoje com a mesma boa-fé e a mesma naturalidade de nossos dois príncipes do século XVI, nas mesmas situações, indica precisamente que interveio entre elas e nós uma mudança de mentalidade. Não é que não tenhamos mais os mesmos valores, mas que os reflexos elementares não são mais os mesmos. Eis mais ou menos o que entendemos, a partir de Lucien Febvre, por “atitudes mentais”.²¹

Esse importante membro da terceira geração da escola está convicto de que o conceito de *mentalité* amplia as possibilidades (o “território”²²) do historiador. Isso está claro na seguinte passagem:

²¹ ARIÈS, Philippe. *A história das mentalidades*. In: LE GOFF, Jacques. *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 154.

²² “Território do historiador” é termo cunhado por outro participante da terceira geração dos *Annales*, Emmanuel Le Roy Ladurie, em *Le territoire de l'historien*.

O historiador relê hoje os documentos utilizados por seus predecessores, mas com um novo olhar e outro gabarito. Os temas freqüentados pelos primeiros foram os que eram preparados pela história econômica e demográfica: a vida do trabalho, a família, as idades da vida, a educação, o sexo, a morte, isto é, as zonas que se acham nas fronteiras do biológico e do mental, da natureza e da cultura. As publicações sobre esses temas, inimagináveis há mais de cinquenta anos, constituem hoje um conjunto coerente e uma vasta biblioteca. É o primeiro domínio conquistado pela história das mentalidades.²³

E impugna toda a crítica (especialmente a de Dosse²⁴) sobre a estática temporal da nova historiografia:

Assim, o passado, o tempo de diferença, se aproxima de nós, tornando-se cada vez mais difícil ignorá-lo, do mesmo modo que não nos é mais possível ignorar a arte negra, a arte índia ou a arte pré-colombiana: ela nos queima os dedos. As diferenças de todas as idades nos assediam, contudo nossa percepção ingênua, imediata, continua sempre sendo de nosso próprio presente, único ponto de ancoragem no tempo. A recente aproximação entre presente e passado não será a verdadeira razão da história das mentalidades?²⁵

Mas a crítica se segue, ora por considerar a história das mentalidades “demasiadamente antropológica” quando privilegia a estagnação das estruturas

²³ *Idem*, p. 169.

²⁴ Quem diz: “O historiador dos *Annales* torna-se o especialista do tempo imóvel em um presente congelado, petrificado de pavor diante de um futuro incerto” (DOSSE, François. *Op. Cit.*, p. 169).

²⁵ *Idem*, p. 173.

na longa duração, ora por considerá-la “insuficientemente antropológica” ao analisar e julgar as sociedades passadas com o olhar contemporâneo.²⁶

No Brasil, Ciro Flamarion Cardoso, nessa mesma linha crítica, acusou os historiadores das mentalidades de “se dedicarem ao estudo periférico, de iluminar fantasmas e, sobretudo, de negar as totalidades sintéticas da história, renunciando a posturas explicativas e propagandeando uma história ‘reacionária’ desprovida de contradições”²⁷.

E Ronaldo Vainfas retomou a crítica apresentando os argumentos do novo presidente, Jacques Le Goff, a partir do artigo publicado no *Faire de l'histoire* (1974) sobre a própria ambigüidade das mentalidades:

Do artigo de Le Goff podem ser extraídas três idéias básicas que, de certo modo, procuram delimitar o campo conceitual das mentalidades. Primeiramente, a questão do recorte social das mentalidades, que o autor diz ser *abrangente a ponto de diluir as diferenças inerentes à estratificação social da sociedade estudada*. “A mentalidade de um indivíduo histórico, sendo esse um grande homem, é justamente o que ele tem de comum com outros homens de seu tempo”, afirma o autor logo no início do artigo. E mais adiante: “O nível da história das mentalidades... é o que escapa aos sujeitos particulares da história, porque revelador do conteúdo impessoal de seu pensamento é o que César e o último soldado de suas legiões, Cristóvão Colombo e o marinheiro de suas caravelas têm em comum.” Em segundo lugar, quanto a esse domínio de crenças e atitudes comuns a toda a sociedade, Le Goff diz situar-se, de preferência, no campo do “irracional e do extravagante”, do que decorrem a noção de *inconsciente coletivo* e a recomendação de uma pesquisa “arqueopsicológica” para desvendar esse

²⁶ VAINFAS, Ronaldo. *História das mentalidades e história cultural*. In: CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo (orgs.). *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 128.

²⁷ *Idem*.

último em investigações concretas. Enfim, a questão do tempo das mentalidades que, conforme já disse, é o tempo braudeliano da longa duração: “A mentalidade”, afirma Le Goff, “é aquilo que muda mais lentamente. História das mentalidades, história da lentidão na história.”²⁸

Apesar disso, Le Goff revisa determinados conceitos em *L'Histoire Aujourd'hui* (1980), inclinando a mentalidade ao *cotidiano*, o que demonstra um certo desgaste do termo ou noção “mentalidades” no circuito acadêmico francês.²⁹

Mas é no debate com Michel Vovelle, longe de intencionar uma discussão entre não-marxista e marxista, que a noção de mentalidade atinge o seu limite, pois este propõe uma articulação da mentalidade com a *ideologia*. Ainda, tal discussão permite observar certos dilemas no aparato conceitual das “mentalidades”.³⁰

A “história das mentalidades”, afirmou Vovelle, “é o estudo das mediações entre, de um lado, as condições objetivas da vida dos homens e, de outro, a maneira como eles narram e mesmo como a vivem. A esse nível, as contradições se diluem entre os dois esquemas conceituais: ideologias de uma parte, mentalidades de outra.” As mentalidades seriam mesmo, para Vovelle, um “terceiro nível” da estrutura social (ou do modo de produção), afirmando-se “não como um território estrangeiro, exótico, mas como o prolongamento natural e a ponta fina de toda história social”.³¹

Diante de todas essas perspectivas, é oportuna a síntese trazida por Vainfas sobre as possibilidades históricas ou “variantes” da história das mentalidades:

²⁸ *Idem*, p. 139.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*, pp. 140 e 141.

³¹ *Idem*, p. 141.

Numa visão de conjunto, seria pois errôneo falar em uma “história das mentalidades” homogênea e unificada, seja quanto a seus pressupostos teórico-metodológicos, seja quanto aos resultados das investigações. Considerando apenas a historiografia sobre as mentalidades produzida na França que, afinal, foi o berço desta corrente de pesquisas, talvez se possa falar de pelo menos três variantes da história das mentalidades:

1. Uma história das mentalidades herdeira da tradição dos *Annales*, seja quanto à valorização do que Febvre chamava de *outillage mental*, seja quanto ao reconhecimento de que o estudo do mental só faz sentido se articulado a totalidades explicativas (é o caso de Le Goff, Duby, Le Roy Ladurie etc., autores que, em certos casos, também transitaram pelo marxismo).
2. Uma história das mentalidades assumidamente marxista, preocupada em relacionar os conceitos de mentalidade e ideologia, bem como em minorar a frialdade da longa duração pela valorização da ruptura e da dialética entre o tempo longo e o acontecimento “revolucionário” (caso típico de Vovelle).
3. Uma história das mentalidades, esta sim, descompromissada de discutir teoricamente os objetos, e unicamente dedicada a descrever e narrar épocas ou episódios do passado, história cética quanto à validade da explicação e da própria distinção entre narrativa literária e narrativa histórica (é o caso de alguns estudos da série *História da vida cotidiana* e de certos trabalhos monográficos sobre microtemas como os cardápios, os modos de beijar ou chorar, o imaginário do onanismo etc.).

Três variantes, portanto, três maneiras de fazer a história das mentalidades que devem ser levadas em conta num balanço crítico de conjunto, inclusive para que se possa avaliar, sem preconceitos ou *parti pris*, as potencialidades e limitações desse campo de estudos.³²

A crítica se encerra com os riscos a que a imaginação histórica da “nova história” assumiu, pois a ausência de verossimilhança ou de provas das

³² *Idem*, pp. 143-144.

alegações poderia indeferir a legitimidade da disciplina, pôr em risco a sua “soberania” e até mesmo extinguir a proposta da mentalidade. O resultado é, além da “deserção” de historiadores do campo das mentalidades para outros campos rebatizados, o paradoxo em que se encontra a relação conceitual entre história das mentalidades e história cultural.

Assim, a *história das mentalidades* como disciplina do saber vem sendo substituída por *história cultural* – aliás campo este originário dos próprios *Annales* e de onde *derivou* a história das mentalidades – ou ainda por “história das idéias”, “história de gênero”, “história da sexualidade”, ou até mesmo por conceitos como “cultura popular”, “imaginário”, “vida privada”, “micro-história” *etc.*

A “nova história cultural” rejeita o termo e o conceito de mentalidade por ser vago, ambíguo e impreciso quanto às relações entre o mental e o social. Mas na verdade “história cultural” é outro nome, outro rótulo, para a “história das mentalidades”, com sutis diferenças principalmente no campo do popular, pois pretende ou ao menos intenciona resgatar o papel das classes sociais, da estratificação, do conflito social, percorrendo enfim caminhos alternativos para a investigação histórica.³³

A exemplo disso tem-se a produção de Thompson, quem brindou a história e a historiografia com o clássico *The making of the english working class*, dentre outras obras de mesmo calibre. Nesse trabalho procurou demonstrar a formação da classe operária inglesa em meio ao processo de industrialização nos

³³ Percebe-se esse intento no conceito de cultura popular apresentado por Ginzburg: “conjunto de atitudes, crenças, códigos de comportamento próprios das classes subalternas num certo período histórico”. Em Ginzburg, “a cultura popular se define antes de tudo pela sua oposição à cultura letrada ou oficial das classes dominantes”. (In: VAINFAS, Ronaldo. *Op. Cit.*, p. 151).

séculos XVIII-XIX. De formação marxista, consagrou sua vertente à *história cultural*, porquanto se afastou da tese tradicional segundo a qual as classes dominantes seriam protetoras (e ao mesmo tempo, implicitamente, opressoras) das classes dominadas, impedindo dessa forma a construção de valores e identidades a estas. O *making of* de Thompson revela todo o caráter autosuficiente das classes populares (*working class*) que são capazes de *se tornar* classe, mediante consciência de sua exploração no processo capitalista de produção. A sua conscientização enquanto classe lhes permite uma perspectiva revolucionária, onde no processo de luta será forjada sua identidade, sua cultura, sua independência.



Na abertura do ensaio *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, sintetizando o que já havia publicado em *História das instituições e Une nouvelle histoire du droit?* – e que será retomado no princípio de *O direito dos letrados no império português* e da *Cultura jurídica européia*³⁴ – António Manuel Hespanha consolida a necessidade de um repensar metodológico para a história do direito, dessa maneira:

³⁴ “Não eram, portanto, estas orientações metodológicas que mereciam as críticas de formalismo que a primeira geração da Escola dos *Annales* dirigiu contra a história política e jurídica. Os destinatários destas críticas eram antes os historiadores do direito, que dominavam as faculdades jurídicas e que faziam uma história “estritamente jurídica”, dirigida unicamente para a descrição da evolução do direito oficial e letrado, dos seus aspectos legislativos e conceituais (...), não considerando nem o contexto social destes, nem as múltiplas formas de organização e de constrangimento que não têm origem no poder oficial, nem abrigo no discurso letrado sobre o direito. A crítica da Escola dos *Annales* era justa, se dirigida apenas contra quem a merecia. Mas acabou por ter efeitos excessivos e prejudiciais. (...)”. HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, pp. 18-19.

Desde que, há já uns quarenta anos, a “Escola dos Annales” lançou a sua campanha contra a história anedótica, a história política, institucional e jurídica não cessou de ser apontada como o domínio irrecuperável do facto isolado, do documento, do formalismo e do idealismo.

Verdade é que a historiografia dominante neste sector justificava, em geral, tal opinião. O político era a “alta política” e esta, por natureza, o campo de acção das grandes figuras. O direito era o mundo das normas jurídicas formais (i.e., expressamente editadas pelos poderes estabelecidos – *the Law in the books*), mundo que o “direito da vida” (*the Law in action*, produto da “força” ou da “ignorância” e, logo, ignorado pelos jus-historiadores) deixaria intocado. No que respeita à actividade político-administrativa, pouco interesse despertava. (...).

Os tempos mudam, porém. A história política, jurídica e institucional vai sendo hoje objecto de um tratamento semelhante ao dos outros territórios historiográficos.³⁵

Em suma, entre “história das mentalidades”, “história cultural” e “novas historiografias” a partir dos *Annales*, ainda não é chegado o modelo teórico capaz de abordar com pertinência a história do direito, e que seja capaz de contribuir para com a construção de um conceito de cultura *jurídica* na história. Haverá, pois, uma “escola” italiana que, desde 1971³⁶, se ocupará com essa nova proposta.

³⁵ HESPANHA, António Manuel. *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3900.pdf>, coletado em 07/01/2010.

³⁶ Data de fundação, por Paolo Grossi, do *Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, vinculado à *Università degli Studi di Firenze*.

1.2.2. A escola florentina e a historiografia jurídica

História do direito não deixa de ser história vinculada a determinado ramo do conhecimento histórico. Fazer história do direito pressupõe, no entanto, conhecimentos específicos acerca de categorias inerentes ao “universo jurídico”, o que não lhe retira a condição de ser gênero da história, mas que lhe confere uma especificidade peculiar sob o ponto de vista historiográfico.

Em Florença, desde a década de 1960, historiadores do direito vêm se ocupando com as maneiras de fazer história do direito, delimitando o “território” do historiador do direito, movimento esse que gerou frutos ora espalhados pelo planeta: desde Paolo Grossi para Pietro Costa, Paolo Cappellini, Bernardo Sordi, Maurício Fioravanti, Mario Sbriccoli, Giovanni Cazzetta, e destes todos – em maior ou menor medida – para Bartolomé Clavero, Ricardo Marcelo Fonseca, Arno Dal Ri Júnior, José Ramón Narváez Hernández, Ezequiel Abásolo, Sérgio Said Staut Júnior, dentre outros.

A súmula que inicia o debate pode ser muito bem capturada em Pietro Costa, quando expõe o direito como objeto do conhecimento histórico e a forma a que se deve tratar tal objeto:

A história do direito apresenta problemas específicos que seria interessante afrontar. Ela é, porém, espécie de um gênero: pertence integralmente ao ramo do conhecimento histórico. Uma característica atual do conhecimento histórico é, de fato, de ser não um objeto, mas um ponto de vista: todo aspecto da realidade humana pode ser objeto do conhecimento histórico. Pode-se fazer, e se faz, história de tudo: da política, das religiões, da arte, da música, da agricultura, da sexualidade, do trabalho, da cultura material,

dos saberes, do direito. Cada uma destas historiografias afronta aspectos específicos da experiência e deve, portanto, dispor de conhecimentos adequados à compreensão do seu objeto. Espera-se que o historiador da música saiba ler as notas de uma partitura e diferenciar uma fuga de uma sonata, que o historiador da arte saiba como pintar um afresco, que o historiador do direito não confunda propriedade com usufruto e o juiz instrutor com o ministério público (mas não por isso se pretende que o historiador da música componha uma sinfonia, que o historiador da arte pinte um quadro ou que o historiador do direito defenda um desafortunado no tribunal).³⁷

Ressalte-se: “todo aspecto da realidade humana pode ser objeto do conhecimento histórico”. E qualquer objeto que seja perseguido pela historiografia merece análise em todos os “pontos de vista”, sob pena de escapar ao historiador – e conseqüentemente ao conhecimento histórico – as nuances, os pormenores e até mesmo os contrastes daquilo que se pretende conhecer.

Sem “mutilar” a história³⁸, tal análise necessita de certo instrumental, de um aparato metodológico e conceitual capaz de adentrar no objeto sem feri-lo, sem danificá-lo, sem desvirtuá-lo de seu verdadeiro ou pretenso sentido.

Por esse motivo, espera-se que o historiador do direito conheça o “território” por onde anda, a área e o espaço em que deverá dissecar o objeto do conhecimento histórico-jurídico, as categorias e conceitos inerentes ao mundo do direito.

É perceptível desde Marc Bloch, co-fundador dos *Annales*, a distinção e a reserva conferidas à história do direito.

³⁷ COSTA, Pietro. *Passado: dilemas e instrumentos da historiografia*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 47. Curitiba: UFPR, 2008, pp. 21-22.

³⁸ Termo cunhado por Marc Bloch na sua inacabada porém brilhante *Apologia da história*.

(...) 'história do direito'. O ensino e o manual, que são admiráveis instrumentos de esclerose, vulgarizaram o nome. Vejamos mais de perto, porém, o que este abrange. Uma regra de direito é uma norma social, explicitamente imperativa; sancionada, além disso, por uma autoridade capaz de impor seu respeito com a ajuda de um sistema preciso de coerções e de punições. Na prática, tais preceitos podem reger as atividades mais diversas. Nunca são os únicos a governá-las: obedecemos, constantemente, em nosso comportamento cotidiano, a códigos morais, profissionais, mundanos, não raro muito mais imperiosos que o Código puro e simples. As fronteiras deste oscilam incessantemente, aliás; e para ser ou não inserida nele, uma obrigação socialmente reconhecida não muda evidentemente de natureza. O direito, no sentido estrito do termo, é portanto o envoltório formal de realidades em si mesmas extremamente variadas para fornecer, com proveito, o objeto de um estudo único; e não esgota nenhum deles. Será que para explorar a vida da família (...) basta enumerar uns depois dos outros os artigos de um direito de família qualquer? (...) No entanto, há, na noção do fato jurídico como distinto dos outros, algo de exato. É que, ao menos em numerosas sociedades, a aplicação e, em larga medida, a própria elaboração das regras de direito foram obra própria de um grupo de homens relativamente especializado e, nesse papel (que seus membros podiam naturalmente combinar com outras funções sociais), suficientemente autônoma para possuir suas tradições próprias e, com frequência, até uma lógica de raciocínio particular. A história do direito, em suma, poderia muito bem só ter existência separada como história dos juristas: o que não é, para um ramo de uma ciência dos homens, maneira tão ruim de existir. Entendida nesse sentido, ela lança sobre fenômenos bastante diversos, mas submetidos a uma ação humana comum, luzes forçosamente incompletas, mas, em seus limites, bastante reveladoras. Ela apresenta um ponto de vista sobre o real.³⁹

³⁹ BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 130-131.

A escola florentina dialoga a todo instante com os *Annales*, e por esta razão é cabível retirar de Bloch um dos preceitos da historiografia jurídica: apresentando “o seu ponto de vista sobre o real”, a história do direito observa que o homem obedece não apenas a instruções normativas, legais, formais, mas a códigos morais e invisíveis que, se não precedem o próprio direito, servem-lhe de base e alicerce. O olhar do historiador do direito captura esse detalhe, o *flash* que converte a idéia, nas mãos do “jurista”, em forma.

Bartolomè Clavero, quando comenta o texto de António Manuel Hespanha⁴⁰, oferece especial destaque à posição metodológica do professor português, quem, ao analisar a doutrina histórico-jurídica, se embasa numa historiografia peculiar acerca das presenças e funções de conceitos jurídicos a todo um “sistema corporativo histórico”.⁴¹

A forte crítica de Clavero está na dependência constante que a história do direito vem demonstrando em face de *otras facultades*, conquanto “vergonhosamente” não demonstra seu objeto, suas origens, seu lastro doutrinal para o próprio estudo do objeto jurídico. As “sutilezas” jurídicas cabíveis e perceptíveis aos olhos do historiador do direito (e muitas vezes despercebidas ou desprezadas pelo historiador social) ainda não são valorizadas, pois o historiador do direito se apresenta, hoje, “sin capacidad alguna para construir sus propias

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. *Historia das instituições. Época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

⁴¹ CLAVERO, Bartolomè. *Del pensamiento juridico en el estudio de la historia*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 13. Milano: Giuffrè, 1984, p. 564.

herramientas conceptuales y para concurrir al desarrollo de una ciencia histórica con mucho más que documentación ordenada”⁴².

É possível sumular, pois, com Paolo Grossi, a importância da experiência jurídica, ou do manuseio de conceitos e categorias próprias do direito à historiografia jurídica, da seguinte forma:

Se così è, senza voler nulla togliere ai meriti dello storico della filosofia del diritto, il personaggio professionalmente più vocato a comprendere il divenire del pensiero giuridico ci appare lo storico del diritto. Proprio perché avvezzo allà globalità dell’esperienza, delle singole esperienze che ha di fronte, egli sarà il più capace a cogliere i nessi tra pensiero e strutture circostanti, a individuare in qual misura la veste tecnico-giuridica abbia – o non abbia – costituito adeguata risposta alle domande delle forze economiche e culturali, a storicizzare insomma le trame di un discorso giuridico, che potrebbe a tutta prima sembrare artefatto ed astratto.⁴³

No ensaio eminentemente historiográfico *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Paolo Grossi brinda o mundo acadêmico com a [provavelmente] mais completa verificação acerca da formação de “sua” escola florentina. Partindo do questionamento sobre uma possível “identidade” para o historiador do direito, conduz a (auto)reflexão de que a “hermafrodita” investigação histórico-jurídica necessita, inevitavelmente, de conhecimentos e técnicas jurídicas somadas às mais profundas fundamentações e sedimentações históricas.⁴⁴

⁴² *Idem*, p. 576.

⁴³ GROSSI, Paolo. *Sulla storia del pensiero giuridico*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 11/12, Tomo II. Milano: Giuffrè, 1982/1983, p. 1149.

⁴⁴ “...che significava essere storico del diritto? storico e giurista? storico o giurista? storia e diritto, che si fondono in una stessa persona, danno forse vita a un raro quanto negativo esemplare di ermafrodito?”. In: GROSSI, Paolo. *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 22.

Uma vez consciente de sua tarefa, o professor florentino vincula definitivamente à Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 1980 (embrionário, no entanto, desde 1966, e atuante desde 1971), o *“Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”*, com sua célebre publicação, os *“Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”* (em circulação desde 1972). Este “projeto cultural” amealhou um *“Gruppo”* em torno da nova historiografia, necessária à produção de uma nova história do direito, para além do que se fazia a partir do direito romano e do direito canônico.

O *Centro di studi* e os *Quaderni fiorentini* chegam hoje ao patamar de referência mundial na produção histórica e historiográfica jurídica, a partir da direção do Professor Paolo Grossi e seu *“Gruppo”*. Sumula esse intento as seguintes palavras autobiográficas: *“A Firenze: un Centro di studi, una Rivista scientifica, una comunità di studiosi”*.

1.3. Cultura jurídica e pensamento jurídico

A busca de uma cultura do direito não significa a busca da “melhor cultura jurídica”. É a busca por um conjunto de significados que efetivamente circulam na produção do direito e são aceitos e prevalecem nas instituições jurídicas. O conjunto de significados remete ao arcabouço doutrinário e aos seus marcos de autoridade nacionais e estrangeiras, aos padrões de análise e interpretação, às influências e usos particulares de ideologias e concepções jusfilosóficas. As instituições jurídicas são as faculdades de Direito, os institutos

profissionais de advogados, magistrados, notários e juristas, o foro e o parlamento, as repartições públicas, o “estamento burocrático”.⁴⁵

É ainda necessário delimitar *o lugar da fala* e perceber as distinções que a historiografia consagra aos conceitos de cultura jurídica e pensamento jurídico. Alertando para uma certa “autonomia” da epistemologia jurídica, e ao mesmo tempo para a impossibilidade de redução do direito ao campo instrumental de poder político, assim como para a errônea simplificação do direito à mera sistematização de regras, Paolo Grossi ensina que a ciência jurídica,

alforriada de toda servidão exegética, liberada do condicionamento necessário da vontade do legislador, é individuada como intérprete no significado mais intenso do termo, não como tecedeira de argumentações lógicas no interior de um sistema fechado que ela não contribuiu a construir e do qual ela simplesmente sofreu a incidência, mas sim como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração de arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento.⁴⁶

Assim sendo, “somente se o direito está no centro de uma civilização em movimento e dela constitui um tecido fundamental, é que se pode afirmar correta e plenamente sobre a existência de um ‘pensamento jurídico’”⁴⁷.

Não obstante o falso reducionismo contido na expressão, essa premissa implica em considerar que apenas as civilizações possuem pensamento

⁴⁵ Conforme FONSECA, Ricardo Marcelo. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 35. Milano: Giuffrè, 2006.

⁴⁶ GROSSI, Paolo. *Pensamento Jurídico*. In: GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

⁴⁷ *Idem*, p. 141.

jurídico, e que este, na realidade, é o responsável por tecer todo o modelo da própria civilização: num processo *simbiótico* ou *matrimonial* (relação de co-dependência), civilização e pensamento jurídico *se fazem*.

Mas o pensamento jurídico, é importante que se ressalte, não vigora desde os mecanismos de poder da civilização; não nasce no âmbito público do Estado, o que reduziria o seu conceito à mera manifestação decorrente das estruturas formais da civilização. Não está ligado, como pretende a leitura ortodoxa do marxismo, aos mecanismos de coerção disponibilizados pelo poder político. Vem, antes, dos fatos e dos costumes, do cotidiano, e volta-se, ordenado, a ele. Possui suas raízes na própria sociedade, constituída anteriormente ao Estado. É possível fundamentar em Grossi:

O pensamento jurídico (...) nasce de baixo, das coisas, dos fatos, e sobre estes torna a voltar-se revelando o seu íntimo caráter ordenador; a tensão co-natural que o domina e o caracteriza é encarnar-se, é não flutuar sobre as experiências, mas ordená-las. O pensamento jurídico não pode prescindir do mundo da ação, onde está sempre sepultado o germen que o desperta: ações singulares, ações coletivas mas ações particulares que são, no momento ordenador, recuperadas dos seus particularismos e subtraídas da miséria do cotidiano. E aqui o pensamento jurídico desvela a sua natureza complexa: a dimensão especulativa se insere sempre na capilar vida cotidiana, que constitui uma espécie de ineliminável dimensão submersa. Ele não pode nunca prescindir da laboriosa oficina onde, ao lado de elaboradíssimos princípios, fala-se e opera-se em leis e atos administrativos, contratos e testamentos, citações em juízo e tipificações de crimes, contratos de trabalho e sociedades comerciais, uma diáspora de fatos saídos de suas próprias cascas e inseridos, num nível mais elevado, em uma sociedade e em uma cultura, como objetos de pensamento.

‘Pensamento jurídico’ é sem dúvida uma filosofia, mas muito freqüentemente uma filosofia subtraída do filósofo profissional: o balbucio, que se tornará sucessivamente discurso mas que já é um embrião de discurso, toma início no canteiro de obras dos advogados, dos juízes, dos notários, dos *doctores iuris*, todos partícipes da fundação de um pensamento jurídico não menos do que o sapientíssimo *speculator* ou do que o legislador. O pensamento jurídico é também uma ‘mentalidade’, uma vez que é sempre fruto dessa realidade plural exatamente porque síntese de ação e conhecimento, de compreensão dos tantos institutos e tipificações legais individuais – cada um pesadamente impregnado de lugar, de tempo, de motivos, de interesses – dentro do tecido dos modelos gerais sobre os quais se ordena uma civilização histórica.⁴⁸

Nesse ponto, o pensamento jurídico inerente à civilização remete o conceito à *mentalidade* do povo que a participa.⁴⁹

Também – e ainda – em Paolo Grossi se encontra a noção de “mentalidade jurídica”, uma força invisível e abstrata, mas determinante para se precisar todo o universo jurídico observado: “il diritto si manifesta attraverso un universo di segni che sono i mille istituti della organizzazione e della circolazione giuridica, cùspidi affioranti di un enorme universo sommerso di valori storici, appunto il sostrato delle mentalità”⁵⁰.

Assim, confia o professor florentino na análise da vida cotidiana como instrumento mais seguro para alcançar a mentalidade jurídica de uma

⁴⁸ *Idem*, pp. 143-144.

⁴⁹ Sobre a concepção de “mentalidade” no âmbito da cultura jurídica, importa verificar o estudo de Grossi que trata da cultura jurídica e direito canônico, onde surge a seguinte máxima: “Il diritto canonico non è solo un ammasso di regole e di canoni; è, innanzi tutto, una certa mentalità giuridica che, in quanto tipicissima e peculiarissima, in quanto provvedutamente costruita da scienza e prassi, in quanto capillarmente assorbita nella lunga durata, genera incisivi influssi proprio a livello di mentalità ben oltre i confini della comunità ecclesiale”. GROSSI, Paolo. *Diritto canonico e cultura giuridica*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 32. Milano: Giuffrè, 2003, p. 377.

⁵⁰ GROSSI, Paolo. *L’Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 2006. p. 6.

sociedade, o que confere à “mentalidade” um patamar experimental. É cabível, pois, a observação dos procedimentos que hoje seriam classificados como “direito privado” como signos mais expressivos e seguros para vislumbrar as idéias, ideologias e convicções de um tempo, em suma, de uma determinada mentalidade jurídica.

Eis o reforço do argumento que coloca o pensamento jurídico como “arquitetura” da vida cotidiana na perspectiva histórica:

Il pensiero giuridico appare rarefatto, monco, quase insensato, se non si propone come architettura sapienziale d’una concreta orditura sociale, come sapere tecnico che riveste, sorregge, raddrizza istituti del vivere quotidiano. Il pensiero giuridico ha e non può non avere una struttura complessa: la capillare vitta quotidiana costituisce la sua ineliminabile dimensione sommersa; i suoi canoni logici, la sua cifra teoretica nascono e si sviluppano come tentativo di lettura, di interpretazione e comprensione di questo o quel mondo storico.⁵¹

E mais: o direito, na vida cotidiana, manifesta-se “em usos de populações, leis dos detentores do poder político, atos da administração pública, sentenças de juízes, praxe de operadores econômicos e assim por diante”⁵².

O direito pode ordenar o social porque é realidade com raízes, e raízes profundas; seria um problema se às tantas revelações no cotidiano – usos, leis, atos administrativos, sentenças, invenções práticas – nós não correlacionássemos a intensa e incessante atividade que se dá – que é preparatória, mas já é direito – nos estratos mais recônditos de uma

⁵¹ GROSSI, Paolo. *Sulla storia del pensiero giuridico. Op. Cit.*, p. 1148.

⁵² GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

civilização, do mesmo modo como a nascente na qual o revelar-se da água na fenda da rocha é apenas o último momento, ainda que o único aparente, de uma longa vida subterrânea.⁵³

Afinal, esta configuração somente pode ser avaliada a partir de uma análise interna que compreenda seu significado e seus efeitos na sociedade, ou seja, a partir de uma análise eminentemente histórica. Para o historiador do direito isso desempenha um papel importante na compreensão do seu objeto, visto que o direito é escrito na história.



Partindo de uma análise antropológica e até certo ponto “metafísica”, Otto Brusiin questiona:

(...) ¿qué consecuencias se desprenden del hecho de que semejantes seres vivientes co-existan em sociedad? La fundamental diferencia entre sociedad animal y sociedad humana, puede expresarse de la siguiente manera: las sociedades de animales se mantienen unidas por el instinto, mientras que las sociedades de hombres lo están, en cambio, por las normas. El obrar del animal que vive en una sociedad sigue por su instinto patrones de vida biológicamente condicionados que, con referencia a cada especie zoológica y dentro de su mundo peculiar, permanecen inmutables en lo esencial de generación em generación. El hombre no carece por completo de los patrones de vida que le marcan los instintos, pero solo desempeñan un papel secundario en su vida social. En su lugar dominan normas sociales cuya existência es una emanación de la posición objetivada e idealizada del hombre, referida a lo supraempírico. Por tanto, las normas

⁵³ *Idem*, pp. 69-70.

son algo específico para el hombre y están condicionadas por su vida en sociedad. Las normas contienen esquemas para la acción proyectados hacia el futuro y fundamentalmente variables, a diferencia de los patrones de vida que representan los instintos.

Cabe preguntar quiénes dictan las normas sociales. No cabe duda que es procedente formular esta pregunta, pero no parece ser un punto de vista adecuado para nuestro presente estudio. Norma y mandato deberían mantenerse radicalmente separados. En la situación creada por un mandato tenemos a alguien que manda y a otro a quien se dirige lo ordenado. Por el contrario, las normas sociales se desarrollan en la sociedad como una manifestación de la permanente vida en común de los hombres. Un mandato puede dar lugar a una norma válida para el futuro, pero no es indispensable que así suceda. Nos parece indudable que la colectiva cualidad humana de producir normas en común se halla ligada a la capacidad del hombre de configurar el mundo a base de su conocimiento. Un animal carece tanto de normas como de conocimiento objetivo.

Las sociedades humanas tienen distinto alcance y duración. Cuando comprende a varios miembros y tiene cierta duración, manifiesta una íntima tendencia a organizarse. Deberíamos tomar precauciones contra un falso planteamiento del problema: la organización no le es impuesta a la sociedad humana desde fuera, sino que se manifiesta hacia el exterior surgiendo de la misma sociedad. ¿Acaso es la organización, la facultad de organizarse, algo específicamente humano? ¿No podemos observar en varias de las sociedades de animales – por ejemplo, hormigas, abejas – que también poseen organización? Así es, cierto modo. Pero creemos que no tiene sentido afirmar: los animales “organizan” su sociedad. Sería más procedente expresar lo mismo diciendo que, en este caso, es la naturaleza la que impone la organización por medio de estructuras biológicas en “eterno” retorno. Solo al hombre le es dado configurar a su sociedad de manera activa en conformidad con los fines que se haya propuesto. En este sentido, una organización creadora presupone la capacidad de pensar en contenidos normativos. Mediante las normas la sociedad humana se eleva por encima de la sociedad animal estereotipada. De la misma manera que

el hombre con su conocimiento transforma el caos del mundo en un cosmos, igualmente convierte a su sociedad condicionada por la naturaleza en una comunidad jurídica por medio de su pensamiento normativo.⁵⁴

Percebe-se com o autor finlandês que as regras jurídicas são dependentes da posição ou idéia de sociedade idealizada pelo homem, são condicionadas pela vida do homem em sociedade. São, portanto, consequência de uma relação social natural e se desenvolvem na sociedade como manifestação de uma vida em comum, em conformidade com os fins a que os homens estejam dispostos. A conversão da natureza social para uma “comunidade jurídica” se dá, inevitavelmente, em virtude do pensamento jurídico inerente a tal sociedade.

Ainda ao tratar o direito como um processo de organização, Brusiin aduz:

Cuando expresamos que el derecho es un incesante proceso de organización que se mantiene de siglo en siglo, partimos de un hecho fundamental: el hombre, y sólo el hombre, tiene “historia” y precisamente en la medida en que, continuamente, contribuye a crearla. Este infatigable trabajo creador se objetiva como cultura material y espiritual, desprendido del carácter episódico de la vida de un hombre. También el derecho aparece en la forma de una objetivación semejante, compuesta de muchos elementos que surgieron separadamente. El sentido de las objetivaciones sólo puede ser descubierto mediante interpretación. Sentido, comprensión, história, cultura: todas ellas son palabras llevadas por una sola y orgullosa palabra: el hombre.⁵⁵

⁵⁴ BRUSIIN, Otto. *El pensamiento juridico*. Traducción de Jose Puig Brutau. Buenos Aires: EJE, 1959, pp. 32-37.

⁵⁵ *Idem*, p. 46.

Ou seja, o homem é o centro do debate: pensamento jurídico, cultura jurídica, civilização... é o homem quem dá vazão a todas as possibilidades de sua história. É do homem para o homem as civilizações e o pensamento jurídico nelas implicado.

Cultura jurídica é a expressão, o resultado, a consequência das relações entre civilização e pensamento jurídico. Sendo a *cultura* um complexo de conhecimentos, crenças, comportamentos, hábitos e costumes, regras e normas (morais e legais), legitimações, reivindicações, “mecanismos de sobrevivência”, expectativas e perspectivas, ambiência, “mentalidade” adquiridos pelo homem enquanto membro de uma sociedade e capaz de forjar a sua identidade (individual e coletiva) pelo processo de “conscientização de si mesmo”, a *cultura jurídica* não pode ser diferente do mesmo complexo discursivo voltado especificamente para garantir ao homem e à sociedade (ambos formados por um processo simbiótico) o seu papel na história, por meio do único instrumento capaz de conferir tal expectativa: o direito, “força viva e criativa da história na elaboração de arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento”⁵⁶.

1.4. Cultura jurídica brasileira

A primeira problemática a ser resolvida quando se pretende refletir sobre a possibilidade de uma *cultura jurídica brasileira* é de natureza conceitual.

⁵⁶ GROSSI, Paolo. *Pensamento Jurídico. Op. Cit.*, p. 140.

Cultura jurídica é a expressão de um pensamento jurídico, que por sua vez é inerente a uma “inteira civilização em movimento”.

Ora, pode-se considerar, sob o ponto de vista histórico, o Brasil uma “civilização”?

Ao retornar para o conceito de civilização, verifica-se como característica essencial a conscientização (das classes, dos povos, das nações) acerca de um processo que pretende atingir determinado grau ou estado paradigmático. O processo civilizador é, assim, construído individual e coletivamente dentro de uma estrutura social, e depende de um encontro com a cultura desta classe, deste povo, desta nação. Como já dito, civilização é corpo; cultura é consciência.

Sérgio Buarque de Holanda, catedrático de “História da Civilização Brasileira” na FFCL/USP entre as décadas de 1960-1970, escreveu (organizou) uma *História geral da civilização brasileira*, onde defendeu a “classificação” de Brasil civilizado, apesar de julgar o termo “civilização” ao Brasil um tanto quanto “inadequado ou presunçoso”⁵⁷.

Ademais, suas *Raízes do Brasil*, de 1936, abrem com uma pista capaz de responder a uma outra problemática: a de uma pretensa emancipação da cultura [jurídica] brasileira. Veja-se:

A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e

⁵⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira*, Tomo I, 1º v. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960, p. 7.

mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.⁵⁸

Gilberto Freyre, numa análise extremamente próxima daquela elaborada por Elias, e numa perspectiva histórica social ou até mesmo “sociogenética”⁵⁹, percebe o processo civilizador no Brasil a partir da análise dos valores, dos costumes e das concepções de mundo daqueles que por aqui habitavam nas primeiras décadas do século XIX. Ao contrário dos sociólogos da “inautenticidade brasileira”, para quem o Brasil não é mais do que mera continuação de Portugal, Freyre prega a sua “emancipação” desde 1808. Em *Sobrados e Mucambos* o autor trata de uma certa ambigüidade cultural brasileira, partindo do embate entre o patriarcalismo e a ocidentalização burguesa européia, o que gera imediatas mudanças de hábitos, costumes e práticas: eis que a superficial e inautêntica “reeuropeização” do Brasil no século XIX se torna o seu autêntico e histórico processo civilizador.

José Murilo de Carvalho, dentre muitos escritos, detalha n’A *construção da ordem*⁶⁰ a formação das elites políticas e a construção do Estado

⁵⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

⁵⁹ Em FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 36ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1999. Também em _____. *Sobrados e mucambos*. 15ª ed., São Paulo: Global, 2004.

⁶⁰ CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. Note-se a editora: “civilização brasileira”.

brasileiro, o que significa a existência de um forte indicativo para se pensar a constituição de uma proposital e intencional “civilização brasileira” independente, apresentando ainda um cenário útil à abordagem da formação da cultura jurídica no Império brasileiro, porquanto demonstra categoricamente que estas elites fortaleceram-se no Direito, na burocracia jurídica e judiciária e nos formalismos que lhes são inerentes⁶¹.

A tese liberal de Raymundo Faoro articula a idéia do “estamento burocrático”, em verdade um arcabouço de formalismos com fundamentação jurídica que, em última análise, consolida a formação do Estado burguês-liberal no Brasil Império⁶². Vislumbra-se no conceito de estamento burocrático um “sistema que prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia”, mas que incorporam, esses “jovens retóricos, hábeis no latim, bem falantes, argutos para o sofisma, atentos às novidades das livrarias de Paris e Londres, (...) tímidos na imaginação criadora e vergados ao peso das lições sem crítica”⁶³, toda uma caracterização – ou caricaturização – que vai assentar à “aristocracia”, alongando-se ao patronato brasileiro. O estamento burocrático é, então, a grande característica da “civilização brasileira”.

Com Alfredo Bosi, em sua concepção dialética de cultura⁶⁴, notamos uma ampliação de possibilidades, da cultura brasileira para “culturas brasileiras”, permitindo ratificar a existência de uma civilização no Brasil, enquanto para o Professor Carlos Guilherme Mota, em *Ideologia da Cultura Brasileira*, destacando o

⁶¹ Isso está presente na idéia de “uma ilha de letrados” à unificação da elite. *Idem*, pp. 63 e ss.

⁶² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

⁶³ *Idem*, pp. 446-447.

⁶⁴ BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

caráter ideológico do conceito de cultura brasileira na busca incessante do próprio conceito, tenta captar os momentos em que a intelectualidade se debruçou sobre si mesma para uma “auto-avaliação”. Procura, assim, o significado e as raízes ideológicas da cultura brasileira, trabalhando Freyre, Bosi, Mata-Machado, Florestan Fernandes, Roland Corbisier, dentre outros.

Assim, *Cultura brasileira e culturas brasileiras*⁶⁵ indica a impossibilidade de se falar em uma única cultura brasileira, pois desde a antropologia cultural é perceptível uma repartição ao menos racial da pretensa cultura brasileira: a cultura indígena, a européia e a negra, além de outras culturas mestiças posteriores à formação do “povo brasileiro”.

Portanto, de saída, Alfredo Bosi fornece uma pista para se pensar uma das problemáticas dessa pesquisa, quando aponta a possibilidade plural da cultura [brasileira]: uma erudita, outra popular (“Academia e Folclore”):

Se pelo termo *cultura* entendemos uma herança de valores e objetos compartilhada por um grupo humano relativamente coeso, poderíamos falar em uma cultura erudita brasileira, centralizada no sistema educacional (e principalmente nas universidades), e uma *cultura popular*, basicamente iletrada, que corresponde aos *mores* materiais e simbólicos do homem rústico, sertanejo ou interiorano, e do homem pobre suburbano ainda não de todo assimilado pelas estruturas simbólicas da cidade moderna.⁶⁶

Essa cultura “erudita” (universitária) é vista por Bosi (e por tantas outras autoridades da historiografia brasileira: Carlos Guilherme Mota, Alberto

⁶⁵ *Idem*, cap. 10.

⁶⁶ *Idem*, p. 309.

Venâncio Filho, Raymundo Faoro, José Murilo de Carvalho, Sérgio Buarque de Holanda, por exemplo) como apoio essencial ao aparelhamento do Estado, na medida em que produz pessoal capacitado para as carreiras burocráticas do País. Obviamente o direito toma aqui proporção descomunal em comparação às outras disciplinas, pois que está intimamente ligado ao poder político na seara da “ordenação”, ou seja, os detentores da cultura erudita de que fala Bosi certamente estarão sendo alocados no estamento burocrático para o fim de ordenar – fazer leis, em um primeiro momento – a conduta de toda a cultura popular.

É nessa cultura erudita que deverá ser encontrada a categoria de análise desse trabalho; os juristas são os maiores contributos à formação de uma cultura jurídica, e essa regra não foge ao Brasil.

Ora, o que caracteriza a cultura extra-universitária é precisamente o seu caráter difuso, mesclado intimamente com toda a vida psicológica e social do povo. Exatamente o oposto da prática acadêmica, que é concentrada e especializada, versando, o mais das vezes, sobre materiais secundários ou terciários, já trabalhados pela literatura específica dos temas. A Universidade é o lugar em que a cultura se formaliza e se profissionaliza precocemente. Tecnicista, ou mesmo crítica, essa cultura chega logo à cunhagem de fórmulas e se nutre dessas fórmulas até que sobrevenham outras que as substituam. Trata-se de um universo que produz discursos marcados, tematizados. Cultura na Universidade é falar “sobre alguma coisa”, de modo programado.⁶⁷

Exemplo rigoroso dessa compreensão foi dado pelo jurista Edgar Mata-Machado, para quem “homens de inteligência” deveriam ter função diretiva,

⁶⁷ *Idem*, p. 320.

conectando dessa forma a política à cultura: “a ausência de pensadores e realizadores políticos entre nós provoca os descaminhos do processo cultural, obrigando ao artista e ao intelectual tornarem-se políticos improvisados”⁶⁸.

Como dito, Alfredo Bosi ganha de Carlos Guilherme Mota a ratificação de sua tese, na *Ideologia da Cultura Brasileira* – a qual, aliás, prefacia. A grande problemática enfrentada pelo autor é a seguinte: o que significa a expressão “cultura brasileira”? A partir dos balanços traçados pelos intelectuais brasileiros da contemporaneidade é viável conhecer os pressupostos ideológicos presentes nos conceitos de “cultura brasileira”, destacando-se uniformemente o caráter “civilizatório” do Brasil⁶⁹ e de sua manifestação cultural, seja erudita, seja popular.



É possível, pois, pensar em civilização brasileira; conseqüentemente, superando até mesmo o reducionismo desta ligação, resta legitimada a possibilidade de um pensamento jurídico brasileiro; conseqüentemente, existe uma cultura jurídica plenamente brasileira.

Em outra medida, Nelson Saldanha defendeu a existência de um pensamento jurídico brasileiro ao publicar o seu *O pensamento jurídico brasileiro*

⁶⁸ MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira: 1933-1974*. 9ª ed., São Paulo: Ática, 1994, p. 117.

⁶⁹ Para Mota, um dos marcos fundamentais na história da cultura e do pensamento político brasileiro no século XX foi a criação da Revista “Civilização Brasileira”, que circulou entre 1965 e 1968. A principal problemática desse periódico – comandado então por Marialice Foracchi, Leôncio Martins Rodrigues, Octavio Ianni, Carlos Heitor Cony, Paulo Francis e Glauber Rocha – era a verificação das distinções entre cultura brasileira e cultura estrangeira (notadamente européia ou norte-americana).

contemporâneo, onde emprega a expressão “cultura jurídica” com referência não só ao Brasil, como na América Latina, abordando a evolução e as influências da doutrina e dos juristas nacionais. Alertando para “o fato de ser passível de discussão falar-se de uma ‘Filosofia jurídica’ latino-americana ou brasileira”, alude à *cultura jurídica* como “menos questionável” e ao *pensamento jurídico brasileiro* como um conjunto de “correntes mais caracterizadas ou de figuras mais marcantes”⁷⁰.

Com essa posição, Saldanha corrobora a possibilidade de um pensamento jurídico brasileiro, sendo oportuno observar que

a trajetória histórica da cultura jurídica brasileira poderia ser esquematizada de diversos modos. Poderíamos dividi-la em períodos correspondentes às fases da história política do país, e então teríamos o período colonial, o período monárquico (dito oficialmente “império”) e o período republicano. Poderíamos, por outra via, aludir a um estágio espiritualista-jusnaturalista, marcado já no século XIX pelo predomínio do tomismo; um estágio positivista, filosoficamente influenciado pelos naturalismos (entre os quais aquele da chamada “Escola do Recife”) e outros estágios subseqüentes. De qualquer modo encontramos naquela trajetória, ou em torno dela, a ausência de uma tradição intelectual mais consistente, e, principalmente, de uma tradição universitária mais sólida: daí a relativa descontinuidade dos trabalhos elaborados durante o oitocentos, e mesmo durante os primeiros decênios do novecentos. Daí igualmente as ambivalências em relação à cultura européia, isto é, à ligação aos autores europeus em todos os ramos do Direito e entretanto as lacunas na informação bibliográfica; senão mesmo a freqüente ou episódica pretensão de desfazer aquela ligação. As vicissitudes da ligação de nossa

⁷⁰ SALDANHA, Nelson. *O pensamento jurídico brasileiro contemporâneo*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 23. Milano: Giuffrè, 1994, p. 531.

cultura às linhas do pensar europeu podem ser ilustrativas para o entendimento de certos estágios, mormente no corrente século.⁷¹

Pretende-se aqui, com *cultura jurídica brasileira*, entender de que maneira é pensado o direito no Brasil, no tocante ao conjunto de seus atos, ritos, instrumentos, discursos, formas, influências e personagens. Ainda, é importante perceber de que maneira o direito se torna um arcabouço burocrático do Brasil, e em que medida o direito é efetivamente utilizado pelas ideologias dominantes – se é que isso verdadeiramente ocorre –, na contramão do mais puro conceito de “pensamento jurídico”, para tentar implementar seus ideais. Na perspectiva histórica, as ideologias tanto imperialistas quanto republicanas do Brasil do século XIX contribuíram para com a definição do curso da própria história do Brasil. Sabendo que a cultura jurídica brasileira derivou da cultura jurídica européia, e que por sua vez, está assentada em bases teóricas medievais, cumpre questionar – e eis uma segunda problemática: de que modo a *cultura jurídica brasileira* olha, lê, se apropria, interpreta a cultura jurídica européia?

Quando Grossi definiu o seu objeto ao trabalhar a *Scienza giuridica italiana*, conceituou ciência jurídica como uma reflexão autenticamente técnica sobre o direito, mas que não pode desprezar, em nome do cientificismo, a “concreta experiência de vida”. Em seguida conceituou ciência jurídica italiana como um pensamento jurídico transmutado em ciência, que advém da Itália para a Itália, havendo início nos séculos XII-XIII de Accursio e Bartolo, mas que apenas toma corpo conceitual na consagração do *Regno unitario d'Italia*, no século XIX.

⁷¹ *Idem*, pp. 531-532.

Pois o que conta para o aperfeiçoamento desse conceito é a esperança de autonomia, “una realtà scientifica che si propone come autonoma – o che, almeno, comincia a connotarsi per caratterizzazioni autonome – rispetto alle altre manifestazione europee”⁷².

É possível perceber que a cultura jurídica brasileira deve, assim, ser entendida como um conjunto de idéias e práticas no âmbito do direito, e que a formação da cultura jurídica no Brasil merece ser pensada a partir daqueles que têm algo a dizer. A advertência de Thompson acerca do *lugar* da cultura é relevante: por ser a *cultura* um termo tão “emaranhado” de significados, pode resultar em contradições ou ocultações. Distinções, portanto, devem ser feitas, e a primeira distinção se dá no objeto da cultura, ou ainda, como diz Grossi, na sua “aggettivazione”.

Para a abordagem da pesquisa concernente à formação ou à identificação de uma cultura jurídica no Brasil, o texto de Américo Jacobina Lacombe, apesar de sua tendência legalista, serve como guia inicial ou como fonte de inspiração, pois inicia enfatizando que “por duas formas se manifestou a cultura jurídica no Brasil. A primeira foi a construção de um notável arcabouço jurídico no Império: uma constituição, vários códigos, leis, algumas de categoria excepcional. A segunda forma foi a criação de uma elite jurídica própria e plenamente adequada ao ambiente brasileiro”⁷³. Desta forma, destaca três elementos fundamentais para análise, quais sejam a *legislação* que entra em vigor a

⁷² GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana: un profilo storico – 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 2.

⁷³ LACOMBE, Américo Jacobina. *A cultura jurídica*. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira*, Tomo II, 3º v. 2ª ed., São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969, p. 356.

partir da independência – com especial destaque para a Carta Constitucional de 1824, o Código Criminal de 1830, o Código Comercial de 1850 e a Consolidação das Leis Civis de 1857 –, os *juristas* e sua produção científica no segundo terço do século XIX – Antônio Carlos, Benjamin Constant, José Joaquim Carneiro de Campos, Bernardo Pereira de Vasconcelos, Manuel Alves Branco, Paulino de Sousa (Visconde de Uruguai), Augusto Teixeira de Freitas, Joaquim Nabuco de Araújo, dentre muitos outros –, e o *ensino jurídico*, novo centro de formação do pensamento jurídico brasileiro desde que a mocidade não mais necessita, a partir de 1827, viajar para além-mar a fim de buscar sua formação – e sua influência direta – jurídica européia.

As pesquisas atuais no campo da história do direito (no Brasil) remetem à sugestão, dentre outras, de Ricardo Marcelo Fonseca, quem analisa a perspectiva dos juristas do segundo terço do século XIX⁷⁴, onde se vislumbra o forte movimento codificador: Augusto Teixeira de Freitas (“a maior expressão da cultura jurídica do país”, segundo Lacombe), Joaquim Nabuco, Visconde de Cairu, Francisco de Paula Batista, José Antônio Pimenta Bueno, Cândido Mendes de Almeida, Conselheiro Lafayette, Tobias Barreto, Rui Barbosa, dentre outros. Isso, apesar de Antonio Carlos Wolkmer, pioneiro na investigação da cultura jurídica brasileira, aduzir, na esteira de Faoro, que a independência (em 1822) não representou mudanças ou rupturas com a estrutura jurídica portuguesa, mas apenas uma “reestruturação”, mediante a incorporação e “adaptação” de

⁷⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Op. Cit.*, 2006.

princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista.

A partir daqui será imprescindível estudar o arcabouço que constituiu os ideários e as práticas do universo jurídico no Brasil do século XIX, mormente no âmbito do direito público atrelado aos princípios de modernização jurídica, num esforço para identificar a legítima e emancipada cultura jurídica brasileira.

2. OS JURISTAS E A OCUPAÇÃO COM O DIREITO

A função política dos juristas, na tradição luso-brasileira, data de muitos séculos; e cresceu no tempo. (...) Trata-se de força social, a participação dos legistas, que deita raízes nas obscuras entranhas da própria organização atual da sociedade, mas que remonta no tempo a autênticas tradições (...).

Min. Clóvis Ramalhete

O jurista serve à legalidade, mas serve sobretudo ao Direito, do qual a legalidade é simples dimensão, historicamente situada, se bem hoje indispensável. Não deve servir a uma legalidade qualquer: deve ter principalmente o senso da legitimidade, e nisso desempenhará uma função exemplar.

Nelson Saldanha

2.1. O papel dos juristas na formação da cultura jurídica: quem é o *jurista*?

O jurista é, relativamente, um bacharel em direito, um profissional que esteve nos bancos acadêmicos cursando uma faculdade de direito, uma pessoa efetivamente atuante nos quadros que as profissões jurídicas disponibilizam. É aquele que estuda e professa a ciência do direito, seus assuntos, institutos, princípios e questões; conhece e interpreta o direito. É o sabedor do direito.

Derivativo do jurisconsulto, aquele que no Direito Romano vinculava seus pareceres e entendimentos à força da lei, e cujas opiniões acerca do direito, advindas da prática, formavam doutrina jurídica, o jurista conhece profundamente a “ciência” do direito, sua técnica, sua especificidade, a partir das quais suas opiniões, para além da doutrina jurídica, assumem caráter de autoridade perante o universo jurídico e, mesmo, perante a sociedade.

Há, em verdade, um *plus* que deve adjetivar esta pessoa. Gizlene Neder define jurista como “os bacharéis [todos aqueles formados em direito] que atingem notoriedade e respeitabilidade, quer pela via política, quer pelo brilhantismo e pela erudição com que pautam sua carreira, geralmente marcando suas atividades com a formulação de argumentos notáveis sobre a organização social e política do país”⁷⁵.

Resta claro que deve ser distinguida a figura do jurista com a do bacharel. A autora chega a afirmar que na virada do século existiam duas figuras peculiares nos bastidores do poder: os juristas e os bacharéis. Obviamente ser bacharel era (e ainda é) condição para ser jurista, este quem domina um abrangente campo de saber, dotado de formação humanística capaz de contribuir para com uma atuação mais expressiva, reflexiva e ideológica na construção de uma ordem nacional.

Modernamente, como dito, o jurista provém, necessariamente, das escolas de direito, não sendo possível imaginar esta “classe” independentemente de formação superior regular. A palavra (ou o título) “jurista” não designa, na

⁷⁵ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 99.

linguagem que empregamos, uma profissão propriamente dita. Para além disso, impõe um ônus ao seu usuário: o da notoriedade, o da respeitabilidade, o do destaque, o do brilhantismo e erudição do profissional do direito que detém o codinome “jurista”. Aos estudantes de direito, projetos necessários de juristas, são proporcionados um mínimo de conhecimento jurídico que lhes deve servir como base suficiente para uma determinada atividade jurídica.

Qualquer formação sócio-política que invoque o Estado como seu organizador exige que deste emane um conjunto normativo, jurídico por excelência, o que demanda operadores do direito e juristas que, em primeira análise, serão os arquitetos e os construtores do arcabouço legislativo da nação. Cabe distinguir uns dos outros: operadores do direito aplicam as regras no caso concreto, “operam” o sistema jurídico-político, postulam, contestam e dão soluções; os juristas, aquém, conhecem o direito, fazem e instrumentalizam aquilo que será operado. Possuem os juristas a capacidade de, antes de tudo, e mais alto de todos (com visão macroscópica), diferenciar o justo do injusto, o lícito do ilícito, assimilar a principiologia das regras, que se constituirão em leis ou em tendências normativas e jurisprudenciais. Com percepção geral do direito – e não um detentor, necessariamente, do saber especializado – conduz sociologicamente (e historicamente) a tendência da normatividade no contexto em que se encontra.

Espera-se do jurista uma caracterização peculiar: que detenha cultura, capacidade de abstração, de percepção, e uma postura rigorosamente ética, comprometida com a missão de ditar as implementações de conduta para toda uma comunidade jurídica.

A “doutrina” é o produto científico do jurista, a obra que reflete o entendimento apurado de quem se debruçou arduamente sobre determinado tema de direito. O resultado do estudo e da percepção do jurista acerca das matérias relacionadas à aplicação das condutas humanas no campo jurídico. Doutrina – teoria, ensino ou formação teórica – advém de “doutor”, termo etimologicamente cunhado para os pensadores ligados à filosofia romana (*doctore sapientiae*) e depois aos juristas do medievo (*doctore juris*), donde se verifica a *communis opinio doctorum*.

Otto Brusiin destaca as vertentes teóricas e práticas do jurista, ou seja, não está o jurista restrito ao conhecimento inerte do catálogo de normas, mas se insere no contexto para realizar a sua hermenêutica, dada a efetiva praticidade das normas.

O jurista se mescla no fato social e na regra de conduta. Extrai da sociedade as suas limitações possíveis e devidas; retira do direito o ordenamento que deva ser praticado, o alcance fático das normas jurídicas, hipotéticas ouostas. Sua missão: minimizar o conflito humano.

É certo que a produção dos juristas se coaduna com premissas, com comprometimentos, com formação prévia – ideológica, sócio-econômica, religiosa – mas quanto mais “imparcial” sua *opinio*, eivada de maior credibilidade será. Pois o pensamento livre, isento de compromissos político-ideológicos, ou mesmo

econômicos, brinda o mundo jurídico com conhecimento científico!⁷⁶ E eis o verdadeiro produto dos juristas: ciência jurídica.

Em outra medida, Otto Brusiin, contemplando o direito numa ampla perspectiva histórica, e comparando a modernidade e a formação científica por ela acarretada, destaca que “en las fases anteriores aparecen como conocedores y guardadores del derecho los hombres que ocupaban un puesto dirigente en la sociedad, personas de edad avanzada en la mayoría de los casos. Eran considerados como especialmente entendidos en derecho a causa de su posición social y de su experiencia de la vida”⁷⁷.

E bem define esse autor, pertinente à tarefa aqui proposta, pensamento jurídico como sendo o pensamento de um jurista em sua ocupação prática com o direito.

Nas profissões jurídicas podem aparecer as mais diversas combinações, que se modificam de múltiplas maneiras no curso da história: a “profissão jurídica” é, assim, um conceito da história da cultura! A exemplo, a atividade jurisdicional, a atividade administrativa, a proteção de interesses jurídicos alheios, a formulação de normas de direito: juízes, advogados, funcionários administrativos, especialistas em redação de disposições legais (legisladores), assessores de todos esses!

Nesse sentido, Otto Brusiin conceitua profissão jurídica: “son las profesiones en las que, con especial frecuencia, actúan los juristas porque su

⁷⁶ Sem adentrar aqui à clássica discussão acerca da imparcialidade no conhecimento científico, como consta na sociologia do conhecimento de, dentre outros, LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. 5ª ed., São Paulo: Cortez, 1994.

⁷⁷ BRUSIIN, Otto. *Op.Cit.*, p. 54.

formación los hace especialmente aptos. Por ello esas profesiones reciben un sello jurídico. La posición social de la clase de los juristas es elevada (...)”⁷⁸.

Uma dessas profissões, talvez das mais importantes, no entanto a de menor projeção e “visibilidade”, a de formulador de leis⁷⁹ (assessor parlamentar), é demonstrada e comprovada pela história, a título de profissão jurídica, como um fenômeno recente.

É de se perceber, como outro exemplo, acerca das produções do jurista em vias práticas, as relações entre os “notários”, a sociedade e eventual vínculo com um sistema dominante. Isso, em Antonio Padoa Schioppa:

Occorre aver chiaro grande sia stato il ruolo esercitato dai notai nella civiltà comunale. Essi assicuravano la certezza dei rapporti giuridici privati mediante l'*instrumentum*, del quale si è vista l'enorme rilevanza. Inoltre, a loro risale il merito di aver ideato e quindi radicato nella prassi una serie di istituti giuridici nuovi in simbiosi con i protagonisti della vita economica, i mercanti, come vedremo a propósito della genesi del diritto commerciale, che si deve in misura notevole anche all'opera del notariato. Basti sottolineare l'importanza del documento “guarentigiato”, un atto stipulato davanti al notaio che acquistava per ciò stesso valore di titolo esecutivo.⁸⁰

Em artigo redigido por António Manuel Hespanha, resta clara a história dos juristas como participantes de uma luta política, ou seja, da “luta pelo

⁷⁸ *Idem*, p. 61.

⁷⁹ Otto Brusiin traz o modelo finlandês, para dizer que o Ministério da Justiça da Finlândia emprega um grupo de especialistas intitulado “Conselho Legislativo” (*Gesetzgebungsrat*), a quem se confia a formulação e motivação dos mais importantes projetos de lei. Trabalha o referido “Conselho” em seções especializadas, nas distintas áreas do direito. É assim que o autor conclui essa passagem: “Por supuesto que de ello se han ocupado personas competentes en la materia desde que existe el fenómeno de dirigir en masa la conducta humana con la formulación de preceptos de derecho escritos”. *Idem*, p. 79.

⁸⁰ SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 135.

poder de dizer o direito”⁸¹. O papel dos juristas no cenário político, ou melhor, o “lugar dos juristas” no cenário do legalismo (“fazer as leis”), desde os finais do século XVIII até aos meados do século XX, era este: “actuavam, antes do acto do legislador, como especialistas, de filosofia ou de política, assessorando o Príncipe ou integrando as comissões preparatórias de legislação, num caso ou noutro formulando propostas de política do direito, a ser apreciadas pelo legislador”⁸².

As relações íntimas entre direito e política, ou melhor, entre “juristas” e “políticos”, também dão conta da importância da classe dos juristas na construção de um projeto político nacional. E Hespanha aborda, em perspectiva histórica, o conceito de juristas doutrinários, por assim dizer:

Uns, mais próximos das posições românticas e doutrinárias – como Basílio Alberto de Sousa Pinto – com declarações rotundas sobre o primado da razão, da “natureza” e do temperamento dos povos, sobre as decisões de efêmeros arranjos políticos nas Câmaras. Outros, embora perfilhando ideais políticos mais próximos das posições democráticas – como Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886) – reclamando os direitos da “filosofia” na conformação do direito. Outros, por fim, com perfis mais “técnicos” do que “ideológicos”, invocando ou a tradição dogmática, desde os praxistas até aos autores portugueses pós-liberais – como é o caso de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), J. H. Correia Teles –, ou o consenso dos códigos modernos das nações mais polidas, nomeadamente a lição do *Code Napoléon* – como é o caso de Manuel António Coelho da Rocha (1793-1850) ou José Dias Ferreira (1837-1907).⁸³

⁸¹ HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸² *Idem*, p. 160.

⁸³ *Idem*, pp. 165-166.

A propósito do “Lobão”, comentou Alexandre Herculano:

Houve na Beira um letrado de curta inteligência e nenhuma filosofia, chamado por alcunha o Lobão. Tinham-no adivinhado por instinto os benardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras décadas deste século, em ódio da gramática e da língua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham acumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das matérias jurídicas. São os livros de Lobão tesouro precioso, mina inesgotável de alegações eternas e contraditórias, para advogados medíocres.⁸⁴

O que bem resume a sinceridade das opiniões a respeito de uma “classe” ainda em formação, em pleno século XIX europeu.

Outro tema de suma importância, que merece ser seguido quando se pretende construir um conceito de cultura jurídica, diz respeito ao conjunto de pensamento que desemboca na prática jurídica e judiciária de um determinado local de estudo: a “jurisprudência”. É mister perceber as possibilidades e os limites da vinculação efetiva dos juristas julgadores (os juízes) à legislação local. Hespanha aponta, nesse sentido, apesar da ausência de fontes para uma análise pormenorizada, que “os juristas acadêmicos se queixavam freqüentemente do caos jurisprudencial, cuja causa imputavam à falta de códigos e à debilidade ou inexistência de um sistema doutrinal. No entanto, isto (...) pode também traduzir o despeito dos juristas acadêmicos pela independência dos juízes em relação à

⁸⁴ *Idem*, p. 166.

pretendida hegemonia doutrinal dos seus antigos mestres, ao julgar segundo a “oportunistica” lei ou segundo os seus particulares entendimentos da nova ordem jurídica”⁸⁵.

Percebe-se, por exemplo, que de toda a burocracia herdada pelo Brasil de Portugal – e apesar de estar a magistratura bem organizada, sendo talvez a instituição melhor estruturada no estamento burocrático, com um quadro de profissionais bem distribuídos para a ocasião, correspondendo, pois, a uma camada privilegiada e unida por ideologias, crenças, valores e práticas peculiares, em suma, e não obstante – os magistrados, produtores da jurisprudência possível em princípios de Império, acabavam servindo ao legislativo, à fábrica de regras, transformando-se nos primeiros agentes de articulação política para a consolidação do Estado-nação brasileiro. É assim que Antonio Carlos Wolkmer sintetiza essa idéia: “na prática, o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas”⁸⁶.

É possível, no entanto, que o problema seja mais fundo, algo de natureza estrutural. Hespanha consegue, assim, destacar um vício, um conjunto de “defeitos estruturais” na magistratura portuguesa do século XIX, movida por idiosincrasias ou interesses pessoais, o que, aliás, não está longe da prática desenvolvida no Brasil imperial.

E ainda, para fechar o ponto, ressalta Hespanha a presença de juristas por ele designados como “acadêmicos”, que se contrapõem aos chamados juristas “pragmáticos”. Estes (os juristas pragmáticos), ou os “comercialistas”,

⁸⁵ *Idem*, pp. 170-171.

⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93.

admitiam e adotavam a literatura estrangeira: a área é mais dinâmica, mais prática e menos teórica. Aqueles, tais como Basílio Alberto de Sousa Pinto e Vicente Ferrer Neto Paiva, achavam que era necessário cultivar a filosofia como pressuposto do domínio epistemológico do direito, pois do contrário não seria possível obter soluções convincentes e coerentes com o escopo do direito: seriam produzidas soluções dogmáticas “desgarradas e oportunistas”. No Brasil, temos em Teixeira de Freitas a exemplificação dessa categoria,

para quem a manutenção da doutrina tradicional de que era necessária a tradição da coisa para que se desse a transmissão do domínio pressupôs a adoção de todo um sistema de compreensão do direito subsumido à oposição, para ele cardinal, entre direitos pessoais e direitos reais. Daí que, convidado pelo Imperador para redigir uma “consolidação das leis civis” que servisse de guia à aplicação prática do direito do Império, não pôde deixar de anteceder este guia prático de uma monumental “Introdução”, em que se construía o sistema de direito capaz de expulsar a transmissão consensual, de que o *Code civil* tinha adoptado e que ameaçava contaminar outras codificações.⁸⁷

Reclamavam os acadêmicos a necessidade de defender um princípio e um sistema, sem os quais não poderiam ser construídos os “monumentos que consubstanciavam o direito perene e liberto das contingências”.

E essa frente de luta, mesmo interna ao campo jurídico, entre acadêmicos e pragmáticos, de certa forma reproduz a tensão desenvolvida entre juristas e políticos: “temos, assim, que a ponta de lança do confronto entre juristas e políticos eram os acadêmicos doutrinários, por regra professores da Faculdade

⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico. Op. Cit.*, pp. 181-182.

de Direito da Universidade de Coimbra. Separados da Lisboa política – até pela distância e cariz ruralizante da cidade universitária – eles podiam opor ao duvidoso cosmopolitismo da capital, além da carga simbólica da Academia – a *lusa Atenas* – o cosmopolitismo das suas leituras, das suas bibliotecas, da sua tradição acadêmica”⁸⁸.

Paolo Grossi bem sintetiza, criticamente, a caracterização da categoria dos juristas na história:

Há duzentos anos – e em boa parte ainda hoje, malgrado a percepção de algumas consciências vivas e culturalmente vigilantes durante o decorrer no século XX – o jurista viveu e vive docilmente o papel que lhe foi destinado pelo poder político, completamente inclinado a um breviário de verdades indiscutíveis esculpidas por aquele poder por meio de um tipo de tábua sagrada de Moisés: o Estado, como representante e intérprete da vontade popular, com o conseqüente corolário do primado da lei como voz do Estado e obviamente como manifestação genuína da vontade geral; o extremamente rígido princípio da legalidade; o extremamente rígido e efetivado princípio da divisão dos poderes, com a absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção do direito.⁸⁹

Apesar do estranhamento desse papel submisso do jurista, o campo do “ser”, aponta Grossi pelo campo conceitual, o “dever-ser” do jurista, de forma a evoluir historicamente para o ponto fulcral da produção do direito. Desde o *Cinquecento* este é o encadeamento:

⁸⁸ *Idem*, pp. 189-190.

⁸⁹ GROSSI, Paolo. *A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*. In: GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Op. Cit., p. 86.

Nel mondo moderno il problema della produzione del diritto è stato risolto in maniera semplice e coerente: il diritto è ricompreso fra gli oggetti rilevanti per lo Stato; è questi ad accollarsene la produzione monopolizzando il sistema delle fonti, cioè gerarchizzandole e riducendole sostanzialmente ad una, la legge, intesa come espressione della volontà suprema dello Stato. L'itinerario della civiltà giuridica moderna dal Ciquecento in poi ci dà testimonianza di una crescente vincolazione del diritto al potere político, di un crescente totalitarismo giuridico, che non solo non sarà smentito dalla imperante borghesia ma anzi vieppiù assolutizzato grazie allo strumento onnivalente del Codice.⁹⁰

2.2. Juristas e ciência do direito

Desde a *Magna Glosa*, coligida por Accursio por volta de 1240, a “ciência do direito” vem sendo impressa pela tinta do jurista. A suposta “origem sagrada” do texto justinianeus, assim compreendida pelos glosadores da baixa idade média, efetivamente tolhia os seus intérpretes a uma hermenêutica mais avançada, que não o mero esclarecimento de palavras mal compreendidas ou ambíguas.

As glosas, consistentes em anotações marginais ou interlineares do *Corpus Iuris Civilis*⁹¹, pretendiam explicar pontos confusos, obscuros ou dificultosos do texto legal. São estes comentários que inauguram o papel do jurista na elaboração e no desenvolvimento de uma “ciência do direito”.

⁹⁰ GROSSI, Paolo. *L'Ordine giuridico medievale. Op. Cit.*, p. 154.

⁹¹ Obviamente os comentários acabam por ser ampliados a anotações mais amplas e complexas. Além de notas marginais, o glosador passará a desenvolver textos interpretativos que pretendem melhor explicar o sentido da lei, fazendo nascer outras formas de “doutrina jurídica”, como a *summa*, a *brocarda*, a *disputae*, as *argumentas* e os *casus*. Quem assim nos orienta é HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 199.

A tendência possivelmente observável de tais compilações é para a consolidação de entendimentos postos em prática jurídica (e judiciária), tanto no campo do direito comum quanto no do direito canônico. Veja-se o argumento do Professor Hespanha a respeito:

De qualquer modo, cabe aos glosadores o mérito de terem criado, na Europa Ocidental, uma linguagem técnica sobre o direito. Não se trata mais de descrever ou reproduzir algumas normas ou fórmulas de direito romano, com intuítos exclusivamente práticos, como tinha sido relativamente comum nos estudos de arte notarial usuais em algumas chancelarias eclesiásticas ou seculares. Trata-se, agora, de começar a fixar uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado – a jurisprudência.⁹²

No entanto, alerta-nos o historiador português – na carona de Wieacker – que esse desiderato supostamente prático escondia um objetivo “teórico-dogmático”, qual seja o de ratificar a perfeição (ou racionalidade) dos textos romanos⁹³, o que acabava, inevitavelmente, por influenciar a estrutura jurídica e política do tempo em questão⁹⁴.

De Irnerius a Accursio, é tempo em que os juristas – e mesmo os estudantes de direito – recebem regalias, eminências, garantias e imunidades, sem

⁹² *Idem*, p. 200.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Apesar do entendimento de Grossi, para quem os comentadores e glosadores eram mais do que meros intérpretes, isto é, para além de reinterpretar o direito, criavam e recriavam direito em suas análises. Veja-se em GROSSI, Paolo. *A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*. In: GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Op. Cit. _____. *L'Europa del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007. _____. *L'Ordine giuridico medievale*. Op. Cit.

abalar, no entanto, o controle imperial que força, em 1224, a instauração de uma universidade em Nápoles⁹⁵, capital do reino da Sicília no século XIII.

Antes disso, em 22 de novembro de 1220, dia de sua coroação, o imperador Frederico II promulgou a *De statutis et consuetudinibus contra libertatem Ecclesiae editis*, onde se privilegiava o clero a partir da sua integração, determinada aos juristas vinculados à Universidade de Bolonha, no *Corpus Iuris Civilis*. Demonstrava-se com isso o interesse do poder político imperial nas escolas de direito, que agora trabalharia arduamente na consolidação do Direito Canônico.

Terezinha Oliveira bem trabalhou a origem das universidades, e destacou a observação de Steenberghen, nesse sentido:

(...) O filósofo alemão da primeira metade do século XX, Steenberghen, ao analisar as correntes filosóficas na Idade Média, nos brinda com uma excelente análise sobre as origens das Universidades medievais e destaca as escolas do século XII como um dos fatos mais relevantes para o surgimento dessa Instituição medievo. Aliás, muitos autores de renome, destaque-se o próprio Jacques Le Goff, na sua obra *Os Intelectuais na Idade Média*, comungavam dessa concepção acerca das origens da Universidade medieval.⁹⁶

⁹⁵ Diz Hespanha que “o papa Onório II (1216-1227) reconheceu que ‘do estudo bolonhês saíam os chefes que dirigem o povo do Senhor’”. *Idem*, p. 202. No caso brasileiro moderno, a Faculdade de Direito de São Paulo será considerada, no discurso de Joaquim Nabuco, a “ante-sala da câmara dos deputados”.

⁹⁶ OLIVEIRA, Terezinha. *A universidade medieval: uma memória*. In: COSTA, Ricardo da (coord.) A educação e a cultura laica na Idade Média. Publicado na Revista eletrônica de história antiga e medieval, ISSN 1676-5818, dezembro de 2006. <<http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num6/art5.html>> acessado em 10/02/2010. Assim apresenta a autora quanto à origem das Universidades: “O fenômeno da concentração escolar acentua-se no século XIII: alguns centros de estudo assumem uma importância verdadeiramente excepcional. Vê-se afluírem lá os mestres e os estudantes: o ensino ganha aí um desenvolvimento novo; enfim e sobretudo, estes centros recebem uma *organização jurídica* análoga à das corporações de ofícios. Tal é a origem das universidades”. E citando Steenberghen, assim aponta: “As mais antigas universidades são as de Paris e Bolonha (cerca de 1200), depois as de Oxford (cerca de 1214) e Nápoles (1224), [...]. Dentro em pouco, as grandes ordens religiosas vão fundar centros de estudos regionais, entre outros os *studia generalia* dos Pregadores (Colônia, em 1248, Nápoles em 1272, etc.). Paris será doravante até o fim da Idade Média, metrópole universitária da cristandade. Centro principal dos estudos filosóficos e teológicos, comanda as grandes correntes doutrinárias (Bolonha será sobretudo célebre pelo direito, outros centros pela medicina)”.

Observando o surgimento das universidades nos séculos XII e XIII (que se apresentavam sob a forma de corporações de ofício) e suas justificativas⁹⁷, é nítido que sua organização se dava de acordo com as relações sociais e interesses políticos da época. Ou seja, em perspectiva de poder. O cenário que se conhece (crise no medievo) pode ser destacado pela disputa entre o poder laico e o eclesiástico (demonstrado pela desesperada Bula Papal *Unam Sanctam*, de Bonifácio VIII), o que faz tornar as universidades campos de detenção de saberes e conhecimentos que possam se consolidar enquanto instrumentos políticos úteis às partes. Ou seja, o Papa e o Rei pretendiam, com a Universidade, criar as bases teóricas para sustentação de seu poder⁹⁸.

Nesta cena a doutrina (ciência) jurídica se estabelece e se desenvolve. Em seguida ao fomento glosador que reinaugura o procedimento doutrinário no direito, é possível verificar na escola dos “comentadores” um ideário de maior

⁹⁷ É assim que Cavanna se expressa acerca do primeiro fomento da Universidade de Bolonha: “Qualche breve cenno sulla fisionomia organizzativa originaria dello *Studium* (oggi diremo dell’Università) bolognese può forse chiarire il legame esistente fra la nascita di una scienza giuridica europea e la nascita dell’Università. Quella di Bologna há probabilmente la preminenza cronologica su ogni altra Università della storia, ed altrettanto probabilmente fu proprio lo Studio del diritto a dar vita ad un primo stabile núcleo organizzativo con caratteri propriamente ‘universitari’. Diciamo probabilmente, in quanto anche l’Università di Parigi, centro europeo di studi filosofici e teologici documentato in via ufficiale già nella seconda metà del secolo XII, rivendica quella preminenza e, come Bologna, già poco dopo la nascita circonda le proprie origini di leggende volte a conferire allo *Studium* una antichità ben più risalente. Nella stessa Bologna, d’altronde, l’Università deve aver trovato fertile terreno in una già attiva scuola di arti liberali, se non addirittura in una scuola di notariato: non dimentichiamo che la tradizione bolognese indica in Imerio non solo un maestro d’arti liberali, ma anche l’autore di un *formularium* notarile”. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico, v. 1. Milano: Giuffrè, 1982, p. 126. No mesmo sentido, SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Op. Cit.*, p. 125.

⁹⁸ É certo que não se pode negar, ou sequer ignorar, os demais fatores que contribuem para com as modificações da Europa a partir do século XI, tais como demográficos, sociais e econômicos. É assim que se posiciona Grossi a respeito: “Alla fine dell’XI secolo quei mutamenti sostanziosi, che la storia porta a maturazione – riposti ma continui – Nei tempi lunghi, divengono appariscenti, tanto da giustificare La collocazione in quei decenni tra un secolo e l’altro di uno spartiacque che segnala l’inoltro in uno scenario storico sensibilmente diverso. Mutato appare il paesaggio agrário, che, da prevalentemente silvo-pastorale, è ormai trateggiato in tutta Europa da terre disboscate, dissodate e riconquistate alla cultura; ed è un paesaggio popolato da un maggior numero di abitanti”. GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. *Op. Cit.*, p. 37.

uniformidade jurídica, fulcrado por princípios sistematizadores de um discurso orgânico, apesar da dificultosa heterogeneidade cultural das cidades italianas. Estes juristas pertencentes a uma espécie de nova geração, imediatamente posterior a dos glosadores, batizados por Wieacker de “arquitetos da modernidade européia”, teve em Bártolo de Saxoferrato o seu ícone, jurista de fôlego capaz de se debruçar sobre todo o corpo do direito (romano, canônico e feudal), no intuito de unificá-lo e adaptá-lo às necessidades da baixa idade média⁹⁹.

Nessa origem a ciência do direito passa a se aprimorar. Inúmeras “escolas” ainda terão lugar no fim do medievo e, em outro parâmetro, na modernidade (até os tempos do século XIX, marco temporal desta pesquisa), com especial destaque ao humanismo, ao jusnaturalismo, ao jusracionalismo, ao juspositivismo e à pandectística. O papel do jurista, em qualquer que seja a orientação doutrinária (teórica) da escola a que “pertença”, está necessariamente – e no mínimo – vinculado à interpretação do direito no contexto histórico pertinente.

A mudança do papel do jurista na modernidade, no entanto, especialmente à ciência do direito, é notável, onde desde a Idade Média até o Antigo Regime se observa ser central, e a partir do século XIX, no contexto do “absolutismo jurídico”, passa a ser progressivamente menor.

A característica geral do século XIX na ciência do direito (e é certo que o caso brasileiro – objeto peculiar desta análise – deve ser visto em suas

⁹⁹ OLIVEIRA, Terezinha. *A universidade medieval: uma memória*. Op. Cit., pp. 210-211.

particularidades) é a redução do papel de “intérprete” ao jurista e o notável crescimento de sua importância como legislador. Isso, em virtude do “absolutismo jurídico” que substituía o pluralismo medieval e até mesmo moderno para um monismo pautado na centralização estatal. Assim dita Grossi a respeito:

Dietro la foglia di fico della ‘ragione naturale’ e della ‘vonlontà generale’ sta la consegna nelle mani del potere politico della intiera produzione del diritto. Al Vecchio caotico pluralismo giuridico si va sostituendo un rigidissimo monismo giuridico: la dimensione giuridica è ormai vincolata all’apparato di potere dello Stato e tende a immedesimarsi in una dimensione legislativa. E comincia un lungo periodo non solo di legalismo ma di autentica legolatria: la legge come tale, come emanazione di una volontà sovrana, diviene oggetto di culto prescindendo dai suoi contenuti. Atteggiamento greve di rischi, che un’onda lunghissima porterà fino alle nostre spalle e di cui ci stiamo faticosamente liberando proprio in questi ultimi decenni.¹⁰⁰

Arremata o autor admitindo que o século XVIII iluminista, ao menos na Europa (o que se verá em seguida no Brasil), carrega a capacidade de apenas o legislador – e ninguém mais – “transformare in giuridica una generica regola sociale”¹⁰¹.

¹⁰⁰ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto. Op. Cit.*, pp. 112-113. E também em GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios. Op. Cit.* e _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. 2ª ed., Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

¹⁰¹ *Idem*, p. 113.

2.3. Pensamento jurídico e discursos jurídicos no Brasil imperial

Desde a independência de 1822, primeira manifestação política do – agora efetivamente – Brasil, a constituinte de 1823 se consagra como importante acontecimento no contexto das novas manifestações jurídicas do País. A convocação da Assembléia Constituinte, no escopo de reforçar a vocação do Brasil para um País independente¹⁰², consolida o encontro de juristas para pensar a nova nação. Assim lembra Carlos Guilherme Mota: “Ao todo, na Assembléia contavam-se 16 padres, dois matemáticos, dois médicos, dois funcionários públicos, sete militares, sendo a grande maioria constituída de bacharéis em Direito, juizes e desembargadores”¹⁰³.

Apesar do furor com que foi recebida a Assembléia Constituinte, os temas em discussão eram, obviamente, antagônicos em interesses. “Portugueses” e “brasileiros” disputavam espaço principalmente no tocante às questões de liberdade econômica, do juízo de defuntos e ausentes, e, desde já, do abolicionismo. Como era de se esperar, o Imperador dissolveu a Assembléia em novembro de 1823.

Logo em 1824, D. Pedro I aproveitou o ensejo para, juntamente com o recém-implantado Conselho de Estado, outorgar a primeira Carta Constitucional

¹⁰² Esse dado pode ser conferido no discurso de D. Pedro I, por ocasião da instalação da Assembléia, em 3 de maio de 1823: “É hoje o dia maior que o povo do Brasil tem tido, dia em que ele, pela primeira vez, começa a mostrar ao mundo que é Império, e Império livre. Quão grande é o meu prazer, vendo juntos representantes de quase todas as províncias, fazerem conhecer umas às outras seus interesses, e sobre eles basearem uma justa e liberal constituição que os reja”. Em MOTA, Carlos Guilherme (coord.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*, v. I – *Século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 112.

¹⁰³ *Idem*, p. 111.

do novo Império, que reforçou o seu próprio poder a partir da criação do Poder Moderador.

Mesmo na contramão do espírito democrático que pairava sobre esse novo tempo, é fato que a Constituição de 1824 – e o contexto da Assembléia Constituinte – constituiu o primeiro documento jurídico-político de relevância para a verificação de uma cultura jurídica brasileira. Na Regência e no Segundo Reinado é possível observar ampla produção jurídica doutrinária gerada a partir da vigência da Carta de 1824.

José Murilo de Carvalho aponta na “ocupação” dos juristas um dos principais aspectos de consolidação da homogeneidade discursiva no tocante ao ideário de um pensamento jurídico brasileiro. “Na medida em que o recrutamento de uma determinada elite política se limite aos membros de algumas poucas ocupações, aumentarão os índices de homogeneidade ideológica e de habilidades e interesses”¹⁰⁴. E o arcabouço burocrático acabou, inevitavelmente, a ser preenchido por essa elite, que representava aproximadamente 0,1% da população, de acordo com o confiável censo de 1872. Nesse sentido, os magistrados “apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo. Na verdade, foram os mais completos construtores de Estado no Império”¹⁰⁵.

Mas ainda é necessário retornar – e reforçar – a distinção entre bacharel e jurista. O bacharelismo, apontado desde Sérgio Buarque de Holanda e

¹⁰⁴ CARVALHO, José Murilo de. *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 99.

Raymundo Faoro, reassume em José Murilo de Carvalho o papel coadjuvante que lhe é peculiar, diante da magnitude do conceito de jurista:

Um bacharel é simplesmente alguém com diploma em direito, embora alguns pudessem ser bacharéis em matemática ou em letras. De qualquer modo, o progressivo aumento do número de pessoas cuja única qualificação era bacharel parece indicar com clareza o problema já apontado do crescente excedente de formados em direito em relação às posições na magistratura. No início, os jovens graduados podiam conseguir rapidamente um cargo de promotor ou juiz municipal ou juiz de órfãos. Posteriormente, isso se tornou cada vez mais difícil e os jovens deputados sem emprego público e ainda não estabelecidos como advogados seriam classificados pelo secretário da Câmara, ou eles próprios se classificariam, simplesmente, como bacharéis, o que lhes dava pelo menos o prestígio do título.¹⁰⁶

2.3.1. Consagração do Império e bacharelismo

“É freqüente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais díspares. Basta que tais doutrinas e convicções se possam impor à imaginação por uma roupagem vistosa: palavras bonitas ou argumentos sedutores.”

Sérgio Buarque de Holanda,
em Raízes do Brasil

¹⁰⁶ *Idem*, p. 106.

O Império do Brasil, pautado no sistema político de monarquia parlamentarista constitucional, governado pela Casa de Bragança (família imperial), teve início em 7 de setembro de 1822, após a declaração de independência em relação ao reino de Portugal, podendo ser visualizado em dois momentos históricos: o Primeiro Reinado, que perdura até a abdicação de D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, e o Segundo Reinado, tendo sido aclamado D. Pedro II como imperador, não obstante o período regencial (até a “maioridade”, em 23 de julho de 1840), quem levou a monarquia até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

Apesar da animosidade entre os maçons, os Andradas, os liberais e os republicanos, que cresceu ainda mais após a declaração formal de independência, restou instaurado o regime monárquico constitucional, com a plena manutenção do sistema escravista e da concentração do poder econômico no campo. Perdurou a idéia (de José Bonifácio, primeiro “jurista” do Império) que se opunha à democracia plena, por se imaginar que o povo brasileiro ainda não estaria preparado para, bruscamente, incorporar regime tão radicalmente oposto ao que viveu. Seria obrigação da “elite letrada” realizar tal preparação, para, aí sim, e a partir do abolicionismo, sanar as pendências históricas e impulsionar o País rumo a um “Estado moderno”.

Em verdade, o princípio do Império deu continuidade à burocracia portuguesa e, apesar dos propósitos nacionalizados, é nessa burocracia que deverá assentar toda a estrutura política do Brasil. Afinal, é na soberania nacional, de

interesses de grupos e de tradições políticas, e não na soberania popular, de descontinuidade, que o estamento burocrático se faz.

Os funcionários serão dependentes da vontade do poder Executivo, e nesse aspecto as vontades de D. Pedro I diferem com veemência das de seu filho, quem (este) conduz a máquina administrativa com certa categoria. Afinal, em nove anos de governo, D. Pedro I altera dez vezes o seu ministério, mas sem prejuízo à sua política pessoal; uma óbvia demonstração de instabilidade política, que será reorganizada pelo jurista Bernardo Pereira de Vasconcelos.

No limiar da Carta Constitucional ainda perdura o regime oligárquico: Senado e Conselho de Estado (o primeiro), e até mesmo a Câmara dos Deputados, compactuam às vontades do primeiro Imperador. É assim que se posiciona Raymundo Faoro a respeito:

A Constituição não desempenha, senão remotamente, senão por tolerância ou consentimento, o papel de controle, em nome dos destinatários do poder, os cidadãos convertidos em senhores da soberania. Constituição puramente nominal, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada. Verdade que esse modelo de papel exerce, embora tenuemente, influxo sobre o sistema, inspirando o debate e motivando as reações.¹⁰⁷

Em 3 de março de 1823 iniciou-se a legislatura da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, no intento de consagrar a primeira Constituição do país, Carta essa que recebeu forte influência das Constituições

¹⁰⁷ FAORO, Raymundo. *Op. Cit.*, p. 334.

francesa (de 1791) e espanhola (de 1812), liberal na essência e, em verdade, menos conservadora do que a intenção originária.

Com a instalação da Assembléia Geral Brasileira, em 1826, constituindo o Senado vitalício e a Câmara dos Deputados eletiva e temporária, D. Pedro I demonstra seu autoritarismo, proveniente do exercício do Poder Moderador, em meio a crise econômica e financeira do Império. Não bastasse, nesse mesmo ano morre D. João VI, acarretando ao Imperador do Brasil o título de Rei de Portugal, o que pressionou, desde então, após inúmeras rebeliões, a sua abdicação, ocorrida em 1831.

O pequeno Pedro de Alcântara, estruturado por uma “Regência”, assume a principal “cadeira” do Brasil, num governo extenso, crítico e conturbado desde o princípio, apesar do imenso e inegável progresso cultural e industrial que lhe foi peculiar.

É necessário um aparato, um arcabouço capaz de impulsionar o governo monárquico, em vertentes políticas e jurídicas, com conhecimento e atuação de natureza econômica, social e cultural. Essa lacuna viabiliza, no desiderato de seu preenchimento, o bacharelismo no Brasil.

Sérgio Buarque de Holanda denuncia a ocupação profissional desenfreada no Brasil, não só em suas raízes, mas na atualidade (em que escreve: 1936¹⁰⁸). O fenômeno do bacharelismo (ou, em suas palavras, a “praga do bacharelismo”) pretende ditar, pelo diploma, a disseminação do profissionalismo liberal, em especial a da advocacia e suas correlatas (profissões jurídicas).

¹⁰⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. Cit.

No caso do Brasil Império, o bacharel almejava – e efetivamente conquistava – postos e cargos no poder público, não que fossem mais rentáveis do que o exercício profissional particular, mas porque engendrava *status* capaz de alçar o jovem recém-formado aos quadros da política imperial, razão de ânsia por meios e bens materiais até agora vislumbrados pelos bacharéis: segurança, estabilidade, menos esforço pessoal.

Os poucos bacharéis que atingiram o “grau” de jurista no Império estavam sendo constituídos sob influência de regimes políticos (e jurídicos) distintos, quais fossem o republicanismo franco-norte-americano (revolucionário) e o monárquico franco-europeu (absolutista), o que facilitou a institucionalização, no Brasil, através da Constituição outorgada de 1824, dos três já tradicionais poderes, acrescidos do Poder Moderador, de inspiração absolutista.

O detalhe do Poder Moderador estava no fato de ser o Imperador livre para nomear os gabinetes ministeriais, independentemente de qualquer opinião ou aprovação do Poder Legislativo, e trazia um certo distanciamento da figura clássica do parlamentarismo, constituindo o que José Murilo de Carvalho costuma rotular de “monarquia presidencial”.

Mas o verdadeiro pormenor está na vinculação direta entre o Imperador (e seus interesses) e os ocupantes dos referidos gabinetes, notadamente os “juristas do Império”. A notória decadência do patriarcado rural e a conseqüente substituição dessa categoria pela ascensão de um liberalismo urbano sintetizavam duas gerações, dois grupos históricos – os fazendeiros e os bacharéis – que deslocavam os interesses políticos no Brasil. A “mentalidade” acerca de uma

posição política passava, gradativamente, como aliás anotou Gilberto Freyre em *Sobrados e Mucambos*, do ruralismo, do conservadorismo, do regime monárquico e escravocrata, para o republicanismo, para o federalismo, para o abolicionismo, para o liberalismo.

É de especial destaque a verificação de Luís Martins a esse respeito:

Eram dois mundos adversos que se chocavam, duas concepções diferentes de vida, dois conceitos divergentes de moral, de liberdade, de sociedade, de dignidade humana. O velho fazendeiro formara o espírito na luta árdua contra a terra, auxiliado pelo braço escravo, e era um ser consciente de sua responsabilidade de constituidor e defensor de uma família, entre os perigos de uma sociedade desagradável pela senzala e pelo apetite de todos os aventureiros na terra despolicada, onde o regime autárquico era quase uma necessidade de defesa. O moço, entretanto, quase não tivera contato com a terra, a não ser na infância solta e livre, onde exercitara passageiramente o sadismo hereditário no lombo infeliz dos molecotes e a libido incipiente nas formas robustas e luzidas das Vênus negras das senzalas. Rapazinho, era enviado para as cidades grandes, a cargo de algum “correspondente” ou parente de confiança, a fim de se preparar para os estudos superiores. Adolescente, travava contato com um mundo novo e brilhante que, vindo de todas as províncias do Império, se juntava nas cidades universitárias. Da segunda metade do século XIX em diante (principalmente mais para o fim), essa gente constituía uma geração ousada, liberal, romântica, revolucionária, republicana, abolicionista, entusiasta do socialismo de Proudhon; geração de jovens sentimentais e cabeludos, amantes das grandes tiradas oratórias e dos versos chorosos dos poetas que morriam aos vinte anos, gente que admitia todas as utopias generosas, todos os sonhos humanitários e todas as grandes reivindicações líricas da espécie, postas nas mesas dos debates pelos reformadores sociais da época. O rapazinho se via subitamente em pleno turbilhão revolucionário, sem nenhuma capacidade de resistir, sem nenhuma

preparação, carregando em sua bagagem a nostalgia sentimental da infância e o respeito, quase o temor, pela entidade formidavelmente autoritária do velho Pai, o grande patriarca.¹⁰⁹

Isso é perfeitamente corroborado por Raymundo Faoro, quem aponta:

A camada dirigente, aristocrática na sua função e nas suas origens históricas, fecha-se na perpetuidade hereditária, ao eleger os filhos e genros, com o mínimo de concessões ao sangue novo. Prenuncia, no esclerosamento, a morte precoce, farpeada de críticas e protestos, para, mais tarde, perder a vitalidade, sentadas nas cadeiras supremas da política. (...) A antiga antinomia metrópole-colônia dá lugar a outra, Estado-nação, com energias divorciadas, excêntricas no miolo e ajustadas apenas na superfície. Entre as duas entidades em confronto, o cidadão só percebe, no poder público, o bacamarte, no dia da eleição; o voraz cobrador de impostos, na vida diária. No outro pólo, há um jantar a digerir, formado de empregos, alegrado com a promessa da carreira política. (...) O bacharel, o pré-juiz, o pré-promotor, o pré-empregado, a véspera do deputado, senador e ministro, não criam a ordem social e política, mas são seu filho legítimo. O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais.¹¹⁰

E encerra o autor, conforme já anunciado, no cerne de sua tese (sobre “os donos do poder”), a formação do patronato político da seguinte forma:

O caminho da nobilitação passava pela escola, pelos casarões dos jesuítas, pela solene Coimbra ou pelos acanhados edifícios de Olinda, São Paulo e Recife. O alvo seria o emprego e, por via dele, a carruagem do estamento

¹⁰⁹ MARTINS, Luís. *O patriarca e o bacharel*. 2ª ed., São Paulo: Alameda, 2008, pp. 37-38.

¹¹⁰ FAORO, Raymundo. *Op. Cit.*, pp. 445-446.

burocrático, num processo de valorização social decorrente do prestígio do mando político. Educação inútil para a agricultura, talvez nociva ao infundir ao titular o desdém pela enxada e pelas mãos sujas de terra, mas adequada ao cargo, chave do governo e da administração. Os jovens retóricos, hábeis no latim, bem falantes, argutos para o sofisma, atentos às novidades das livrarias de Paris e Londres, com a frase de Pitt, Gladstone e Disraeli bem decorada, fascinados pelos argumentos de Guizot e Thiers, em dia com os financistas europeus, tímidos na imaginação criadora e vergados ao peso das lições sem crítica, fazem, educados, polidos, bem vestidos, a matéria-prima do parlamento. (...)

Dessas circunstâncias e dessa massa se compõe a aristocracia, não só a dos títulos e das condecorações, mas a do governo. Ela assenta sobre séculos e se alonga no patronato.¹¹¹

E, como se dizia, os gabinetes – no particular de interesses dos seus ocupantes – muito bem assim se expressavam, por meio dos “novos” juristas que lá estavam, fazendo ciência, fazendo direito, fazendo política, fazendo o Brasil.

2.3.2. Os juristas e o Conselho de Estado

A fórmula mais eficaz para se notar as relações ou vinculações entre o Imperador e os dirigentes está na observação do Conselho de Ministros e do Conselho de Estado, nomeados diretamente pelo Poder Executivo.

Estando no Brasil a chefia de Governo e de Estado concentrados no Imperador, foi criado em 1847 o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, o

¹¹¹ *Idem*, pp. 446-447.

que consolida o parlamentarismo brasileiro, na contribuição de se distinguir o Poder Executivo do Poder Moderador.

Antes disso, no entanto, o que talvez tenha dado carona ao Conselho de Ministros, a restauração do Conselho de Estado – que sempre manteve uma incrível rede de sociabilidade e parentesco¹¹² – se consolidou, desde 1842, juntamente com o Senado, na maior e mais eficaz instituição política do Império.

A nomeação, que normalmente levava em conta as influências políticas e pessoais dos envolvidos, e reuniu os mais importantes atores da política imperial, ocorria a partir de indicação direta pelo Imperador, por força do artigo 137 da Constituição de 1824¹¹³. Era o Conselho de Estado acionado a partir do Ministério dos Negócios do Império, para consultas provenientes dos Ministros e Secretários de Estado que, após serem remetidas ao Imperador, direcionavam as conseqüentes providências.

Apesar do caráter meramente consultivo (e não deliberativo), o Conselho de Estado invocou a responsabilidade de construir a máquina administrativa do Império, definindo, em suma, competências e atribuições para as atividades burocráticas. Assim explicita Maria Fernanda Vieira Martins:

(...) o Conselho surgira em 1841 como uma forma de controle do Poder Moderador e garantia sua aceitação pelas elites representantes dos diversos

¹¹² MARTINS, Maria Fernanda Vieira. *A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial*. In: Revista Topoi, v. 7, nº 12, jan-jul 2006, p. 181.

¹¹³ Constituição imperial, artigo 137. “Haverá um Conselho de Estado, composto de Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador”. Constituição imperial, artigo 142. “Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador”.

grupos que atuavam junto ao poder central, bem como nas províncias, e disso certamente dependia a estabilidade do regime, principalmente nos primeiros anos do Regresso, quando os ânimos ainda se exaltavam e o Império ainda se via ameaçado por revoltas de várias origens e matizes. Já no regimento interno e na lei de criação do órgão aparecia como um de seus objetivos a assessoria ao imperador, e embora o monarca não fosse obrigado pela Constituição a consultá-lo, esperava-se que ele assim o fizesse.

A proposta original sempre fora resguardar o princípio liberal da independência e equilíbrio dos poderes, a partir do qual estes deveriam interagir, mas jamais serem submetidos uns aos outros. Na prática, no entanto, parecia-lhes impossível imaginar uma ordem política sem um poder que se sobrepujasse aos demais; nesse sentido, encontravam todas as vantagens no discurso jurídico, na proposição de que os atos do Poder Moderador não poderiam ser limitados ou julgados pelo Executivo, nem serem responsabilidade do Conselho de Estado, porque o Moderador havia sido concebido como um poder sem limites, como árbitro e fiscal dos demais poderes. Esse bom relacionamento entre o órgão e os gabinetes era eventualmente buscado, mas nem sempre alcançado. Como os novos gabinetes costumavam encontrar certa resistência nas câmaras já instaladas, ao menos quando havia mudança drástica de partido, era comum a solicitação de dissolução da Assembléia. Assim, a organização política conduzia a uma queda de braço quase permanente entre o Executivo e o Legislativo, já que ambos podiam ser dissolvidos pelo Poder Moderador, com a interferência do Conselho que, no entanto, precisava ser oficialmente acionado pelo imperador a pedido do Executivo.¹¹⁴

Notabilíssimos juristas compuseram o Conselho de Estado, além de terem sido Ministros, contribuindo a partir de seus conhecimentos jurídicos e políticos para com a consolidação do Estado imperial, a destacar Pedro de Araújo

¹¹⁴ *Idem*, p. 203.

Lima, José Antonio da Silva Maia, Caetano Maria Lopes Gama, Manuel Alves Branco, José Cesário de Miranda Ribeiro, José Carlos Pereira de Almeida Torres, José da Costa Carvalho, Manuel Antônio Galvão, José Clemente Pereira, Cândido José de Araújo Viana, Francisco Gê Acayaba de Montezuma, Honório Hermeto Carneiro Leão, Paulino José Soares de Sousa, Eusébio de Queirós Coutinho, José Antonio Pimenta Bueno, Nabuco de Araújo, Cândido Mendes de Almeida e Laffayette Rodrigues Pereira.

Importa notar ainda que as sessões do Conselho de Estado contavam com a presença do Imperador seguida de seu ministério, onde observamos especial destaque para os Ministros Bernardo Pereira de Vasconcelos, Paulino José Soares de Sousa e Zacarias de Goes e Vasconcellos¹¹⁵.

José Reinaldo de Lima Lopes destaca o caráter jurisprudencial do Conselho de Estado, na crítica pertinente – pelas palavras de Cândido Mendes e Nabuco de Araújo, em 1871 – de que o Supremo Tribunal de Justiça, em mais de 40 anos de atividade, não conseguira fixar entendimento doutrinário ou jurisprudencial coerente¹¹⁶.

Sugere o autor que a cultura jurídica brasileira (ou sua origem) deve ser procurada exatamente onde é capaz de estar: na prática cotidiana do aparelhamento do Estado, ao contrário do entendimento de Venâncio Filho e, especialmente, de Sérgio Adorno, quem não admite uma cultura jurídica própria

¹¹⁵ Conforme atas do Terceiro Conselho de Estado, em <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS3-Terceiro_Conselho_de_Estado_1842-1850.pdf>.

¹¹⁶ LOPES, José Reinaldo de. *Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira*. In: Almanack Braziliense nº 5, São Paulo: IEB-USP (eletrônica), maio de 2007.

antes de 1870, porquanto toda a produção estaria comprometida com os interesses políticos do Império. Nesse sentido, bem aponta Lopes:

A crítica feita pelos dois autores parece pressupor que o *jurista* de que falam é o jurista acadêmico, dedicado em tempo integral ou dedicado majoritariamente ao ensino e à pesquisa do direito. Em poucas palavras, parece que o jurista ideal que têm em mente é o professor da nova universidade alemã, o pensador acadêmico. Ora, essa imagem não parece totalmente adequada se levarmos em conta algumas características do direito e de seu ensino em outras partes do mundo à mesma época, ou seja, talvez não seja conveniente estabelecer a crítica do modelo brasileiro a partir de um modelo – a academia alemã – que ainda não é o único ou mesmo o hegemônico sequer no âmbito do direito continental. A título de comparação, a vida dos juristas do século XIX, mesmo em França, é ainda uma vida híbrida: parte do tempo dedicam-se à academia, parte do tempo são chamados a exercer funções de governo ou de legislação e parte do tempo gastam na advocacia (Dupin [1783-1865], Cormenin [1788-1868] etc).¹¹⁷

No entanto, antes disso já dizia Ricardo Marcelo Fonseca, contrariamente à tese de Adorno, nesse sentido:

Embora uma série de outros argumentos pudesse ser aqui colocada, parece que o problema central desta abordagem está em precisamente perder de vista que o perfil do jurista brasileiro do século XIX não era estranho a uma cultura assentada na oralidade (portanto em um saber que deveria ser retórico, e portanto alheio à produção de conhecimento ‘impressa’ e assentada numa linguagem ‘científica’ que fosse livre de arroubos eloqüentes, que tanto vai caracterizar um outro modelo de jurista). Ao contrário, a inserção num saber que sempre se aproximava da literatura e

¹¹⁷ *Idem*, p. 7.

da cultura clássica, o desempenho de funções públicas, a intervenção no debate das 'causas nacionais e regionais', a intervenção política enfim, eram características intrínsecas e incindíveis do jurista deste período. Mais do que isto, como diz Petit, eram a própria condição cultural do "jurista romântico". Não parece um procedimento adequado, por isso, separar o conhecimento do jurista do século XIX do conteúdo de oralidade de que ele se revestia, procurando-se, obviamente em vão, a 'produção de conhecimento' do jurista como se ele fosse um cientista acadêmico do século XX. Igualmente não parece adequado o procedimento de Adorno em separar o saber do jurista deste período do saber literário e retórico (sobretudo da cultura clássica), como também, enfim, não parece adequado separar a prática do jurista da sua atividade política e jornalística. Tudo isso formava uma unidade, que constituía a própria identidade do homem das letras jurídicas do século XIX. Enfim, Adorno parece buscar no século XIX algo que lá não existe: um cientista do direito, imerso numa academia com padrões germânicos, perdendo de vista que a cultura jurídica no século XIX tinha outro matiz.¹¹⁸

Inobstante esse entendimento, a unificação jurisprudencial, afinal, pretendeu atender a uma centralização política que o Império custou a implementar, porquanto estavam os interesses da classe estamental permanentemente pressionando a continuidade do poder das elites. E nesse particular, adquirem as Faculdades de Direito brasileiras importância plena na consolidação dos interesses formativos da classe estamental, futura direção política do Império, consagrando-se como poderoso elemento de unificação ideológica das elites.

¹¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. Op. Cit.*, pp. 366-369.

2.3.3. *O ensino jurídico*

A instalação dos cursos jurídicos no Brasil, aprovados pela Lei de 11 de agosto de 1827, possuía objetivo claro – e aceito majoritariamente pela doutrina¹¹⁹ – de formar a administração do país que se consolidava, com intuito de reforçar cada vez mais a independência da antiga metrópole. Até porque, antes da independência, Portugal possuía como diretriz a proibição da instalação de cursos jurídicos na colônia, pois um dos maiores vínculos de dependência que lhe restava era a obrigatoriedade de estudos da elite na metrópole, forçando uma parcial imposição ideológica – que se converteria em política, segundo os interesses do Reino – aos jovens acadêmicos.

São Paulo e Olinda/Recife, escolhidos propositalmente em preferência à capital, se tornaram centros educacionais para onde os filhos dos barões (na maioria) peregrinavam, em busca de um diploma que os intitulassem bacharel. O curso de direito proporcionava, mais do que todos, oportunidade para ingressar no estamento burocrático, nos quadros governamentais que acabavam de ser constituídos. E assim, a formação jurídica constitui pressuposto para a direção administrativa e política do Império. É fácil constatar esse argumento pelas tradicionais tabelas elaboradas por José Murilo de Carvalho, onde se percebe que as “ciências jurídicas” ocupam gradativamente papel de destaque e preferência no quadro dirigente (primeiro escalão) do Brasil:

¹¹⁹ José Murilo de Carvalho, Alberto Venâncio Filho, Raymundo Faoro, Antonio Carlos Wolkmer, José Reinaldo de Lima Lopes, Carlos Guilherme Mota, dentre outros.

Formação dos Ministros, por períodos, 1822-1889 (%)

Educação	Períodos					
	1822-31	1831-40	1840-53	1853-71	1871-89	Total
Jurídica	51,29	56,67	85	77,09	85,73	72,5
Ciências Exatas	20,51	13,33	5	2,08	–	7
Militar	28,2	20,01	10	18,75	7,93	16,5
Médica	–	6,66	–	2,08	6,34	3,5
Religiosa	–	3,33	–	–	–	0,5
Total	100	100	100	100	100	100

Fonte: CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem. Op. Cit.*, p. 84.

E quando se atenta para os locais de formação desta elite, há que se perceber que as Faculdades brasileiras estão ocupando cada vez maior espaço como preferência de formação, em comparação às faculdades internacionais:

Local de Educação Superior dos Ministros, por períodos, 1822-1889 (%)

Local	Períodos					
	1822-31	1831-40	1840-53	1853-71	1871-89	Total
Coimbra	71,8	66,68	45	–	–	28,5
Outro	28,2	16,67	–	–	–	8
Total Portugal	100	83,35	45	–	–	36,5
São Paulo	–	3,33	30	35,42	49,2	27,5
Olinda/Recife	–	–	15	39,58	34,92	22
Outro	–	6,66	10	20,83	14,28	11,5
Total Brasil	–	9,99	55	95,83	98,4	61
Outro País	–	6,66	–	4,17	1,6	2,5
Total Geral	100	100	100	100	100	100

Fonte: CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem, Op. Cit.*, p. 81.

Leia-se que, na média, em todo o período imperial, 72,5% dos ministros de Estado possuem formação jurídica, contra 27,5% de ministros

formados nas áreas da engenharia, saúde, militar e religiosa. E ainda, que no período imperial, contra 39% de bacharéis formados em Universidades estrangeiras, percebe-se 61% de bacharéis (em direito) formados pelas escolas brasileiras, em crescimento gradativo, de 9,99% em 1831 (primeira turma) até 98,4% em 1889 (fim do Império).

A abordagem demonstra o papel ideológico que possuíram as atividades acadêmicas no século XIX, ideologia essa que capacitou ao Império discutir problemas de sua própria formação, sua consolidação política, sua “desvinculação” completa da metrópole. É possível compreender de que maneira a estrutura política imperial, derivada das composições jurídicas, se estabeleceu a partir da nova “ciência do direito” que se constituía, peculiar aos interesses formativos do Estado-nação brasileiro.

Isso porque antes, em fins de Brasil Colônia – e pode-se dizer com alguma eficiência, em princípios de Império – toda a estrutura era absolutamente “importada”. Até mesmo os ditames do direito, ou das “ciências jurídicas”, eram captados inteiramente do modelo europeu. José Murilo de Carvalho assim demonstra essa situação:

O império brasileiro realizara uma engenhosa combinação de elementos importados. Na organização política inspirava-se no constitucionalismo inglês, via Benjamin Constant. Bem ou mal, a monarquia brasileira ensaiou um governo de gabinete com partidos nacionais, eleições, imprensa livre. Em matéria administrativa a inspiração veio de Portugal e da França, pois eram estes dois países os que mais se aproximavam da política centralizante do Império. O direito administrativo francês era particularmente atraente para o viés estatista dos políticos imperiais. Por

fim, até mesmo certas fórmulas anglo-americanas, como a justiça de paz, o júri, e uma limitada descentralização provincial, serviam de referência quando o peso centralizante provocava reações mais fortes.

Todas essas importações serviam à preocupação central que era a organização do Estado em seus aspectos político, administrativo e judicial. Tratava-se antes de tudo de garantir a sobrevivência da unidade política do País, de organizar um governo que mantivesse a união das províncias e a ordem social. Somente ao final do Império começaram a ser discutidas questões que tinham a ver com a formação da nação, com a redefinição da cidadania. Embora, no início da vida independente brasileira, um dos principais políticos da época, José Bonifácio, já tivesse alertado para o problema da formação da nação, mencionando sobretudo as questões da escravidão e da diversidade racial, tudo isto ficou em segundo plano, pois a tarefa mais urgente a ser cumprida era a da sobrevivência pura e simples do País.¹²⁰

E o mesmo com José Reinaldo Lima Lopes:

Os magistrados desempenharam sempre um papel político duplamente importante, pois era-lhes permitido candidatar-se a deputado e terminavam sendo também legisladores. Enquanto juízes, na esfera local, estavam em função carregada de matizes políticos, pois deviam ser indicados pelo Imperador e sua indicação dependia de algum contato político (um apadrinhamento) e ao mesmo tempo passavam a dever lealdade a quem os nomeara, ao governo imperial. (...)

O estilo dos juristas refletia as influências estrangeiras, francesas e inglesas sobretudo no debate político e de direito público (constitucional e administrativo). No direito privado, a influência do utilitarismo inglês era grande entre os comercialistas e os contatos com a Inglaterra freqüentes. O Brasil era o país latino-americano em que mais se concentravam os investimentos ingleses no começo do século XIX, investimentos em dívida

¹²⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998, pp. 90-91.

pública, títulos em geral, comércio e mais tarde participação em alguns empreendimentos, tais como seguros, bancos, estradas de ferro. Desta convivência surgiam práticas comerciais compatíveis com o comércio internacional.¹²¹

Obviamente, a partir de determinado período, a necessidade de “emancipação” tornou-se gritante, haja vista a acirrada disputa do poder entre, principalmente, monarquistas e republicanos; de 1870 em diante esta categoria tomou impulso concreto, apesar de, como sabido, estar o ideário republicano presente na história do Brasil a partir de meados do século XVIII, tendo desde então passado por diversas revoltas inclusive armadas.

No tocante à importância das Academias de Direito a esse contexto, confirma-se o alegado por meio do verbete disponibilizado no *Dicionário do Brasil imperial*, que vem nestes termos:

Faculdades de Direito. Consideradas por Nabuco as ‘ante-salas da Câmara’ – centros por excelência de formação de políticos e da administração imperial – as faculdades de direito foram, junto com as de medicina, os primeiros cursos de nível superior criados no Brasil. (...) Criadas à semelhança de Coimbra, (...) as faculdades de direito brasileiras introduziram em seus currículos algumas modificações importantes (...). Isso evidencia, como mostram seus estatutos, que o objetivo da criação dos cursos jurídicos era não só a formação de juristas, mas de advogados, deputados, senadores, diplomatas e quadros para a burocracia estatal, condição essencial para a constituição de um Estado de fato independente. (...) A Faculdade de Direito de São Paulo (...) continuou marcada pela militância política *stricto sensu* e pelo exercício do jornalismo. Foi dos

¹²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 313.

bancos escolares paulistas da década de 1870 que saíram os bacharéis que doravante se destacariam pela militância política, como Rui Barbosa, que mais tarde diria: ‘No estudo do Direito, o mundo acadêmico e o mundo político se penetram mutuamente’.¹²²

E a idéia exata do que se pretendeu está muito bem sintetizada por Sérgio Adorno na sua análise acerca da “profissionalização da política”:

A vida acadêmica e a formação cultural e profissional do bacharel, em São Paulo, durante a vigência da monarquia, nunca se circunscreveram às atividades curriculares e sequer se sustentaram às expensas das relações didáticas entre alunos e professores. A interferência das doutrinas difundidas no curso jurídico sobre a profissionalização do bacharel não residiu no processo de ensino-aprendizagem. Ao contrário, essa formação foi tecida nos interstícios dos institutos acadêmicos e do jornalismo literário e político. Nos institutos e associações acadêmicos os estudantes não só participavam de debates sobre assuntos nacionais, locais e mesmo cotidianos, além daqueles pertinentes à Academia, como também articulavam alianças entre grupos partidários e promoviam campanhas. Dispondo de uma organização burocrática e formal, com distribuição de funções, estabelecimento de cargos eletivos e constituição de comissões para tratar de assuntos variados – como alterações no regimento interno, redação de manifestos, posturas a serem adotadas frente a acontecimentos ligados à academia e a fatos políticos – esses institutos e associações desempenharam o papel que tradicionalmente esteve reservado às salas de aula.¹²³

A instalação dos cursos jurídicos no Brasil propicia, então, uma “culturalização” do direito no Império, eivado de características próprias, mas

¹²² VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, pp. 256-257.

¹²³ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 157.

ainda comprometidas com o estamento burocrático. A nova formação jurídica produz uma geração de profissionais que estarão sendo recebidos no parlamento para dar conta dos assuntos políticos, mas agora libertos daquela tradição portuguesa, registrando uma nova cultura em substituição à dominante. Paulino José e Pimenta Bueno colam grau nas primeiras turmas brasileiras. Em seguida, Nabuco de Araújo, Paula Batista, Zacarias de Góes e Vasconcellos, Cândido Mendes de Almeida e Augusto Teixeira de Freitas, dentre outros.

Em suma, a implantação dos cursos jurídicos no Brasil refletiu a exigência da dominação elitista, que aos poucos substituía o ranço colonialista para concretizar a independência, numa ruptura verdadeiramente ideológica, que, para tanto, necessitava de uma camada devidamente preparada a fim de gerenciar o novo País.

Antonio Carlos Wolkmer bem sintetiza:

Neste sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e a construção do Estado nacional. (...) Assim, as escolas de Direito foram destinadas a assumir duas funções específicas: primeiro, ser pólo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional.¹²⁴

¹²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 80-81.

2.3.4. O Instituto dos Advogados Brasileiros

Logo após a independência, a partir de um ideário que pretendia unificar no Brasil o ensino jurídico – e a conseqüente formação de uma classe “nacional” para esse campo de atividade – os advogados perceberam, igualmente, a necessidade de organização que pudesse reunir todos os profissionais do direito.

Bacharelando-se periodicamente os estudantes de São Paulo e Olinda/Recife, os advogados brasileiros, somados àqueles ainda provenientes do velho mundo, passaram a articular um “órgão de classe” que os representasse. Foi uma idéia fomentada pelo Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça Francisco Alberto Teixeira Aragão, a partir da inspiração portuguesa que, em 1838, aprovava o Estatuto da Associação dos Advogados de Lisboa (futura Ordem dos Advogados de Portugal).

Desta necessidade surgiu, em 1843, sob aprovação do imperador, e com participação considerável dos egressos de São Paulo e Olinda/Recife, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)¹²⁵, presidido por Francisco Gê Acayaba de Montezuma, e desde o início (art. 2º de seu estatuto) embrião da futura “Ordem do Advogados”, a qual só será conhecida pela República (em 1930)¹²⁶.

¹²⁵ Esta é a comunicação imperial: “Sua Majestade o Imperador, deferindo benignamente o que lhe foi apresentado por diversos advogados desta Corte, manda pela Secretaria do Estado dos Negócios da Justiça aprovar os Estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros, que os Suplicantes fizeram subir à sua Augusta presença, e que com estes baixam, assinado pelo Conselho Oficial Maior da mesma Secretaria de Estado; com a cláusula, porém, de que será também submetida à Imperial Aprovação o regulamento interno de que tratam os referidos estatutos. Palácio do Rio de Janeiro, em 7 de agosto de 1843. Honório Hermeto Carneiro Leão”.

¹²⁶ ALMEIDA, Enea de Stutz e. *Ecos da casa de Montezuma: o instituto dos advogados brasileiros e o pensamento jurídico nacional*. São José: Conceito Editorial, 2006.

Num contexto em que o Brasil precisava se organizar como Estado soberano e afirmar valores de nacionalidade, era mister definir aqueles que iriam dirigir o futuro do novo País, pois os advogados atuavam tanto em questões peculiares ao direito e à justiça quanto na política, bem como na tarefa de redação das leis que substituiriam gradativamente a legislação portuguesa ainda em vigor.

Assim, chegou a ser o IAB um órgão governamental, consultado freqüentemente pelo Imperador e seus Ministros, como pelos Tribunais, para pareceres às decisões (executivas e judiciais) mais importantes e relevantes. Colaborava também no intuito de redigir e revisar leis cuja tecnicidade exigia o olhar de um jurista.

Além desses objetivos, resta claro que o IAB participou ativamente na construção do Estado independente, fornecendo bases para projetos e crítica incessante às propostas que não estivessem comprometidas para com as demandas da nação em curso. As diretorias tinham como metas o estreitamento de laços – e de influência – com o poder, chegando, nesse particular, a indicar ou mesmo eleger cargos importantes, como gabinetes, ministérios e presidências de província (Caetano Alberto Soares, Pereira Pinto, Carvalho Moreira, Nabuco de Araújo, Saldanha Marinho, dentre outros).

Em duas pontas, o IAB foi ativo em questões cruciais para o direito no Império, para além de ter, desde o princípio, consagrado a seus associados o direito de veste talar e assento dentro dos cancelos dos Tribunais: sob gestão credenciadora e reguladora de José Thomaz Nabuco de Araújo (1866-1873), reservou o exercício da profissão de advogado em juízo exclusivamente aos

brasileiros (natos ou naturalizados); criou a assistência judiciária, no escopo de fazer atender àqueles de precárias condições financeiras; garantiu o credenciamento de advogados para atuar perante o Tribunal Eclesiástico (o que, antes, só seria possível mediante licença do Bispo). Sob a imediatamente posterior – e longa – presidência de Joaquim Saldanha Marinho (1873-1892), o IAB se preocupa mais com questões sociais atreladas às políticas, como o claro posicionamento sobre a questão abolicionista, o que redireciona a instituição a um papel mais socialmente ativo.



Para encaminhar o entendimento acerca das distinções entre jurista e bacharel, nada mais concreto – e eficaz – de que analisar a produção e a participação efetiva de personagens que, com sua doutrina ou mera presença no estamento oficial, contribuíram para com a emancipação da cultura jurídica brasileira.

Independentemente de uma cronologia, ou de uma participação encadeada, merecem destaque as obras de Bernardo Pereira de Vasconcelos, tendo em vista sua notória e aplaudida contribuição no cenário de formulação do Império, de José Antonio Pimenta Bueno, considerado o maior constitucionalista do Império, quem publicou a primeira interpretação doutrinária da Carta Outorgada de 1824, de Paulino José Soares de Sousa, um dos mais rigorosos cientistas do direito no campo do Direito Público, quem brindou o mundo jurídico

com influente ensaio de direito administrativo, e o acadêmico rebelde Tobias Barreto de Meneses, aquele que contrariou a todos e, com fundamento germânico, aproximou o Brasil da literatura jusfilosófica mais em voga daquele tempo.

No estudo destes juristas é possível identificar a cultura jurídica brasileira, notadamente publicista, em aproximação ao ideário de modernização jurídica.

3. JURISTAS DO IMPÉRIO E SUA PRODUÇÃO

Quando se destaca a figura do jurista como o principal responsável pela formação de uma cultura jurídica, está-se pretendendo dar a conotação de cultura jurídica para “um saber culto” – que para a fenomenologia de Max Scheler¹²⁷ reside na ciência e na filosofia –, para um cabedal de conhecimentos jurídicos vinculados à doutrina jurídica e à sua práxis, e que é estipulado, precisamente, conforme visto anteriormente, por uma categoria necessariamente intelectual, ao mesmo tempo formada e formadora: o jurista.

Ricardo Marcelo Fonseca percebe com rigor a inegável ruptura, sob o ponto de vista da produção cultural – e conseqüentemente jurídica –, dos laços Brasil-Portugal no decorrer do século XIX, após o que “o Brasil coloca-se de modo explícito o desafio de elaboração de uma identidade nacional separada da herança portuguesa”, desafio esse fulcrado no “evidente esforço de construir os símbolos, os heróis e traços de uma ‘identidade brasileira’”¹²⁸. E, nessa esteira, formula um roteiro que se permite avançar ao conceito de “cultura jurídica brasileira” a partir da percepção entre os juristas do Império brasileiro e suas formas de atuação. Na primeira fase, cumpre “identificar alguns dos traços intelectuais marcantes do jurista brasileiro deste período, com a intenção, sobretudo, de perceber neste período uma mudança nas suas matrizes teóricas e na sua visão do direito”¹²⁹. E num segundo aspecto, é mister:

¹²⁷ SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Op. Cit.*, pp. 344-345.

¹²⁹ *Idem*, p. 349.

identificar o perfil do jurista no que diz respeito à sua postura diante dos saberes e da academia, na sua relação com a vida pública e com os saberes das chamadas 'humanidades', pois a partir daí, segundo se crê, pode-se aproximar do modo como o jurista se vê diante da tarefa da construção de uma cultura jurídica, do *modo de ser* do jurista enquanto intelectual. A atitude do jurista diante do conhecimento, da academia e de seu próprio papel na sociedade (seu modo de ser), em boa medida é que vai explicar como e porque este mesmo jurista produz esta ou aquela forma de conhecimento (seu modo de pensar), sendo frutífera, portanto, a sua análise paralela¹³⁰.

Portanto, para cumprir esse projeto, o autor analisa "lentes" e suas obras, e percebe, com os *Princípios de Direito Natural* compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo - 1829, de José Maria de Avelar Brotero, e com a *Philosophia elementar do direito público - interno, temporal e universal* - 1867, de José Maria Correia de Sá e Benevides, que "boa parte da reflexão jurídica deste período está marcada por uma penetração um tanto problemática do racionalismo iluminista europeu, que ingressa no meio cultural do direito num ecletismo de concepções teóricas de difícil conciliação. Em verdade este acaba se inserindo, nesta fase da cultura jurídica brasileira, embutido numa concepção escolástica de direito natural"¹³¹.

No segundo molde, estão em voga as doutrinas de Augusto Teixeira de Freitas (a análise é da "famosa *Introdução*" das *Consolidações das Leis Civis*, de 1857), e de Francisco de Paula Batista (a partir do *Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do império*. 3ª ed., 1872). E "nos discursos

¹³⁰ *Idem*, p. 350.

¹³¹ *Idem*, p. 353.

destes juristas não só uma razão laica aparece como fundamento de um novo tipo de jusnaturalismo (e em alguns casos a superação do jusnaturalismo) como também surge a necessidade do elemento ‘científico’ na atividade do jurista. Em outros termos, o jurista deve proceder a sua análise com rigor teórico, nos padrões daquilo que o tempo definia, de maneira forte, como ciência”¹³².

Assim sendo, na pista deixada por Fonseca, há que se estudar alguns aspectos de juristas do Império brasileiro, no foco de perceber a cultura jurídica brasileira em formação naquele período histórico.

“Escolher” juristas e produções jurídicas é, talvez, a principal dificuldade para uma pesquisa que se propõe analisar a formação da cultura jurídica no Brasil, afinal, os critérios de eleição não conseguem ser objetivos. No interior dos discursos é que se percebe a guinada interpretativa de autores, e não é possível estabelecer um rol de autores “originais” sem, no entanto, travar contato com uma lista enorme de obras no decorrer de quase um século de uma densa história.

Nessa pesquisa optou-se destacar os juristas que, por suas trajetórias no campo jurídico e, inevitavelmente, no campo político, e por suas idéias e produções teóricas, puderam contribuir para com as transformações da nova sociedade que se formava. O trabalho não consegue esgotar a análise pertinente, mas serve como contributo para uma hermenêutica da cultura jurídica, ao menos publicista, que nasce juntamente com o Império brasileiro.

¹³² *Idem*, p. 356.

De inspiração florentina, o estudo das fontes se dá no mecanismo semelhante àquele oferecido por Paolo Grossi em *Scienza giuridica italiana – un profilo storico (1860-1950)*, quando analisa o *Trattato di diritto commerciale* de Cesare Vivante (1893). Assim apresenta o professor: “per la storia della scienza giuridica uno degli eventi più rilevanti degli anni Novanta è l’apparizione, nel 1893, del primo volume del ‘Trattato di diritto commerciale’ di Cesare Vivante...”. Guia também a presente pesquisa a análise profunda realizada por Grossi acerca do “novecento italiano” (“saldezze e incrinature dell’assolutismo giuridico”), quando verifica “Le consolidazioni della scienza-il sistema sulla legge: a) i civilisti; b) i pubblicisti; c) i penalisti; d) i processualisti”¹³³.

Merece destaque, pois, as produções e obras “publicistas”, porquanto carregadas de interesse e vínculo direto com o poder estabelecido, mas que no seu interior demonstram a preocupação dos juristas em estabelecer relação honesta do Estado para com os cidadãos brasileiros. Retornando a uma inspiração originária e florentina: o direito se forma na relação social, vai ao ente público para ser formalizado, e retorna ao particular para lhe ser útil e adequado.

A opção por estes “juspublicistas” se justifica na medida de sua originalidade na construção doutrinária em direito público, uma vez que – não só no Brasil – ela vem sendo criada a partir do século XIX. Pois antes de 1822 havia uma discussão jurídica, na esteira do entendimento de Hespanha, no sentido de praticidade judicial e administrativa (portanto, não “formal”, não “cult”), porém, atrelada aos problemas dos particulares, e não no regime de direito público

¹³³ GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana: un profilo storico – 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000.

propriamente dito (até porque a juspublicística nascerá com os princípios e critérios hermenêuticos do direito privado, para somente ao longo do século XIX estabelecer um “regime jurídico” peculiar).

Longe de estabelecer critérios individuais ou positivistas (ou tradicionais, para se falar em historiografia), a análise desses nomes foca especialmente a cultura jurídica que pode ser extraída a partir de alguns expoentes que estão comprometidos com a construção da nova nação.

3.1. Bernardo Pereira de Vasconcelos

Para que havemos de questionar sobre o que é melhor fazer-se, se o aperto das nossas atuais circunstâncias só nos faculta indagar o que se pode fazer?

Fui liberal; então a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, o poder era tudo: fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade: os princípios democráticos tudo ganharam e muito comprometeram; a sociedade, que então corria risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. Como então quis, quero hoje servi-la quero salvá-la; e por isso sou regressista. Não sou trãsfuga, não abandono a causa que defendo, no dia dos seus perigos, de sua fraqueza; deixo-a no dia em que tão seguro é o seu triunfo que até o sucesso a

compromete. Quem sabe se, como hoje defendo o país contra a desorganização, depois de o haver defendido contra o despotismo e as comissões militares, não terei algum dia de dar outra vez a minha voz ao apoio e a defesa da liberdade?...Os perigos da sociedade variam; o vento das tempestades nem sempre é o mesmo: como há de o político, cego e imutável, servir no seu país?

Nascido aos 27 de agosto de 1795 em Vila Rica, Minas Gerais, foi um jurista, jornalista e político dos mais ativos no primeiro reinado e no período regencial, sendo considerado, sob o ponto de vista legislativo, um dos grandes construtores do Brasil imperial.

Obteve formação jurídica em Coimbra, entre 1814 e 1818, ao lado de nomes importantes ao futuro do Império, tais como José da Costa Carvalho, Caetano Maria Lopes Gama, João Bráulio Muniz, dentre muitos outros, retornando ao Brasil em 1820.

Seu pai era Advogado, de formação coimbrã, e sua mãe, filha de Advogado também proveniente daquela Universidade portuguesa. Sintetiza José Murilo de Carvalho que “dos tios maternos de Vasconcelos, um foi ministro em Portugal, outro foi reitor da Universidade de Coimbra, embora brasileiros de nascimento. A família era exemplo perfeito da integração entre as elites burocráticas da metrópole e da colônia”¹³⁴.

¹³⁴ CARVALHO, José Murilo de. [Introdução à] *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1999, p. 10.

Após curta e frustrada tentativa de estabelecer carreira jurídica no Brasil, seja como juiz de fora em Guaratinguetá, seja como ouvidor de Vila Rica, ou até como desembargador no Maranhão, cargos que, embora pleiteados, jamais chegou a ocupar, conquistou em 1824 uma cadeira na Assembléia Geral Legislativa do Império, inaugurada em 6 de maio de 1826. E foi nas estruturas de poder que passou o resto de sua vida, como Deputado, Senador e Ministro do Império, sendo considerado por muitos (dentre eles Joaquim Nabuco) o orador mais combativo, eloqüente, sarcástico e convincente das tribunas. Ousou e surpreendeu quando prestou contas de sua atuação parlamentar ao seu eleitorado, ao publicar, em 1828, a *Carta aos Senhores Eleitores da Província de Minas Gerais*.

Participe como relator da primeira “comissão dos cinco”, tradicional formação de debates parlamentares no Império, na ocasião desta Assembléia Geral de 1826 juntamente com Januário da Cunha Barbosa, Almeida e Albuquerque, Nicolau de Campos Vergueiro e Lúcio de Gouveia, um de seus primeiros projetos, apresentado em 7 de agosto do mesmo ano, foi a proposta de criação do Supremo Tribunal de Justiça, que efetivamente fora convertido em lei, abolindo assim, em 1828, o Desembargo do Paço.

Outra importante participação de Bernardo Pereira de Vasconcelos ocorreu no debate que pretendia a criação dos cursos jurídicos no Brasil, e que culminou, a seu contragosto, na instalação das duas Faculdades de Direito em São Paulo e em Olinda. Nesse particular, foi desde o princípio Vasconcelos favorável a que uma das sedes para os cursos jurídicos ocorresse na Corte, como se pode extrair do debate registrado em 17 de maio de 1826:

O Sr. VASCONCELLOS: – Julgo muito urgente a indicação do Sr. TEIXEIRA DE GOUVEIA; porque não posso entrar em dúvida se é preciso estabelecer uma universidade pelo menos no Império; a demonstração até seria indecorosa a esta Câmara. Pois nós havemos de discutir, se devem haver Ciências no Brasil? Alguns senhores opinarão que se deveria principiar pela reforma das aulas menores; mas já se tem demonstrado o pouco fundamento deste parecer, porque nós já temos algumas destas escolas, e nada, ou quase nada dos estudantes sublimes. O Sr. LINO COUTINHO afirmou que era mais interessante a instrução geral dos cidadãos, do que um grande número de doutores; mas é verdade, e o Sr. LINO COUTINHO não pode duvidar, que as primeiras luzes não se podem aperfeiçoar, sem se aumentar as grandes ciências.

O Sr. LINO COUTINHO sabe muito bem a história do progresso do espírito humano. Não há nação alguma que soubesse aperfeiçoar as escolas menores, senão depois de aumentadas as ciências de maior faculdade; e para estas, ou nós não temos os necessários estabelecimentos, ou se temos alguns, acham-se muito mal organizados. Supondo portanto de muita urgência a indicação, voto que vá à Comissão de Instrução Pública para dar o seu parecer a este respeito; pois julgo que o decreto da Assembléia Constituinte, de que se trata, não foi promulgado, podendo por isso admitir as adições e emendas, que se julgarem mais interessantes.¹³⁵

No encerramento da sessão, foi à mesa a seguinte proposta:

EMENDA. Proponho como emenda à indicação do Sr. TEIXEIRA DE GOUVEIA, que a Comissão de Instrução Pública faça um projeto de lei para o estabelecimento de uma universidade nesta Corte. – *Vasconcellos*.¹³⁶

¹³⁵ BRASIL. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil – documentos parlamentares*. Brasília; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977, pp. 179-180.

¹³⁶ *Idem*, p. 188.

O debate de 7 de agosto de 1826, no entanto, é capaz de demonstrar o conhecimento jurídico – ou, antes, acadêmico – de Vasconcelos, quando vem à tona a discussão acerca do currículo pleno dos cursos jurídicos pretendidos. No primeiro instante, tece comentários ao projeto da Comissão de Instrução Pública, aceitando-o; a seguir, critica a formação coimbrã, o que respalda e ratifica a idéia de “emancipação” do ensino jurídico brasileiro:

(...) Passarei a tratar da distribuição das cadeiras, e desde já direi que aprovo, e adoto o plano do Projeto, e que a Comissão de Instrução Pública procedeu com todo o acerto, não incluindo o ranço antigo de muitas doutrinas, que para nada servem, senão para incomodar os pobres estudantes sem fruto algum do trabalho, que a elas dedicam. (...).

[...]

Estudei Direito Público naquela Universidade [de Coimbra] e por fim saí um bárbaro: foi-me preciso até desaprender. Ensinaaram-me que o Reino de Portugal e acessórios era patrimonial; umas vezes sustentavam que os portugueses foram dados em dote ao senhor D. Afonso I, como se dão escravos ou lotes de bestas, outras vezes diziam que Deus, no campo do Ourique, lhe dera todos os poderes e à sua descendência; umas vezes negava-se a existência das Cortes de Lamego, outras confessava-se a existência, mas negava-se a soberania que os povos nelas exerceram; dizia-se que aquela e as outras assembléias da Nação Portuguesa apenas tiveram de direito e de fato um voto consultivo: o direito de resistência, esse baluarte da liberdade, era inteiramente proscrito; e desgraçado de quem dele se lembrasse! Estas e outras doutrinas se ensinam naquela Universidade, e por quê? Porque está inteiramente incomunicável com o resto do mundo científico.

Ali não se admitem correspondência com as outras academias; ali não se conferem os graus, senão àqueles que estudaram o ranço dos seus compêndios; ali estava alerta continuamente uma Inquisição, pronta a

mandar às chamadas todo aquele que tivesse a desgraça de reconhecer qualquer verdade, ou na religião, ou na Jurisprudência, ou na política.

Daí vinha que o estudante, que saía da Universidade de Coimbra, devia, antes de tudo, desaprender o que lá se ensinava e abrir nova carreira de estudos.¹³⁷

Enfim criados os cursos jurídicos no Brasil, candidatou-se Vasconcelos a lente em São Paulo¹³⁸, não conseguindo obter o cargo, provavelmente por razões de desgaste político e oposição ideológica nesse particular, principalmente no que diz respeito à insistência, vencida, para que uma das sedes tivesse lugar no Rio de Janeiro.

Mas a contribuição que consagra o seu nome na história do Brasil imperial e que lhe impõe o mérito de jurista do Império é o projeto de Código Criminal, apresentado em 1827 e aprovado em 1830. A análise deste documento será realizada em tópico apartado.

No contexto da regência provisória, Bernardo Pereira de Vasconcelos, de Ouro Preto chegou ao Rio de Janeiro, em maio de 1831, aliando-se imediatamente a duas pessoas que comungavam sua forma de pensamento: Diogo Antônio Feijó e Evaristo da Veiga, sendo no mesmo ano Feijó nomeado Ministro da Justiça e ele, Vasconcelos, Ministro da Fazenda.

Após a morte de D. Pedro I, em 1834, Feijó eleito Regente recebeu ataques do “oposicionista” Vasconcelos e, não conseguindo abafar as crises por

¹³⁷ *Idem*, pp. 227-235.

¹³⁸ Aponta Octávio Tarquínio de Sousa, em análise dos Anais da Câmara de 1827, que “em 09 de agosto de 1827, em petição endereçada ao imperador propunha-se a ‘reger qualquer das cadeiras’ e não duvidava ‘sujeitar-se a qualquer exame’ que se fizesse necessário. SOUSA, Octávio Tarquínio de. *História dos fundadores do império do Brasil*, v. 5 – *Bernardo Pereira de Vasconcelos e Evaristo da Veiga*. 3ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1972, p. 59.

verdadeira falta de traquejo político, passou, em 1837, a Regência para Pedro de Araújo Lima, quem escolheu Vasconcelos para as pastas da Justiça e do Império (interino).

Mas no ano seguinte Bernardo Pereira de Vasconcelos atingiu, representando Minas Gerais, o Senado imperial, cargo o qual se demitiu em 1839, antes mesmo da abertura da Câmara.

Retornando ao Senado em 1841, e cada vez mais ligado aos interesses da grande lavoura, Vasconcelos – liberal, conservador e escravocrata – chegava ao extremo nessa ideologia, agora em parceria com Paulino José Soares de Sousa, quando um novo ministério se configurou, desta vez sem a sua presença. A grande obra desse Gabinete era “o regresso” do reinado, que culminou com um “golpe de Estado parlamentar”: o movimento maiorista, encabeçado por Holanda Cavalcanti, José de Alencar, Paula Cavalcanti, Firmino de Melo e Costa Ferreira, que pretendia consagrar a maioria de D. Pedro II, e para tanto apresentou projetos de declaração da maioria do imperador e de criação do Conselho Privado da Coroa.

Vencidos os projetos, o Regente organizou novo Gabinete no escopo de adiar o debate da maioria em virtude da falta de coesão nas Câmaras, nomeando Bernardo Pereira de Vasconcelos o seu Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império, o que não surtiu o efeito esperado, diante do golpe que culminou com o fim da regência provisória.

Veja-se a declaração de Vasconcelos acerca do ocorrido, em dois momentos: uma explicação sobre a pressão interna e o ambiente do debate e o seu

papel como Ministro interino pelas nove horas que pretendeu adiar a Assembléia Geral na busca de organização ao ambiente coativo e ameaçador da Câmara dos Deputados:

Exposição sobre o golpe parlamentar da maioria, extraído de O Despertador, nº 719, de 31 de julho de 1840.

Bernardo Pereira de Vasconcelos julga dever explicar ao público o seu procedimento no curto período de nove horas do dia 22 do corrente mês, em que foi Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império.

São hoje sabidas dos habitantes desta capital, e sê-lo-ão em breve dos de todo o Império, as melancólicas ocorrências dos dias anteriores ao referido 22 de julho, por ocasião de se ocupar a Câmara dos Deputados da questão do suprimimento de idade de Sua Majestade o Imperador, a fim de que o mesmo augusto senhor entrasse imediatamente no exercício de sua autoridade constitucional. É incontroverso que a medida de antecipar a maioria de s.m.i. não tinha maioria de votos nem na Câmara dos Senadores, nem na dos Deputados, posto que àqueles mesmos que a impugnavam não faltassem ardentes e sinceros desejos de vê-la realizada, sem ofensa dos princípios constitucionais: este fato não era desconhecido dos que conceberam este ano a idéa de investir o jovem imperador da sua autoridade. No Senado fora um tal projeto rejeitado, bem que ninguém o impugnasse na discussão e houvesse quem o sustentasse. Esta decisão da Câmara vitalícia nenhuma impressão produziu no espírito público, sendo manifesto que nem os habitantes da Corte, nem os de qualquer outra província se haviam até então pronunciado a favor da medida. Todavia, não descoroçoaram alguns deputados do triunfo da sua idéa: continuaram a insistir em que o imperador fosse declarado maior por uma lei ordinária; e, dado que não poucos se dispusessem a votar a favor dela, uma vez que fosse acompanhada de garantias para a nação e para o trono, crescia este empenho à medida que se observava mais tendência para sua realização. No meio do debate desta transcendente matéria, debate que deveria ser notável pela prudência, sisudeza e gravidade que o devia presidir,

apareceram sintomas de coação na Câmara dos Deputados. Os que admitiam a idéia com modificações viram-se expostos a insultos e perigos, se não guardassem silêncio. Para prova deste fato, ofereço o Jornal do Commercio, n^{os} 188 a 193. Invoco, além disso, o testemunho dos deputados e espectadores imparciais; deponham eles se, além do que tem chegado ao conhecimento de público, não tiveram alguns dignos representantes do país, e, principalmente, os ministros da coroa, de sofrer vergonhosos insultos e ameaças. Pessoas do povo, reunidas em grande número, invadiam o Paço da Câmara, rodeavam os deputados dentro da própria sala das sessões, tomavam parte nos debates, aplaudindo estrondosamente os oradores de um lado, e sufocando a voz de outros com gritos aterradores; em uma palavra, quase que havia de todo desaparecido a distinção entre as galerias e os legisladores: a população pacífica e industriosa, que a princípio esperava tranqüila a solução que os poderes supremos do Estado houvessem de dar à questão da maioria, começava a afligir-se à vista de cenas tão desagradáveis representadas naquele mesmo recinto, donde somente deveriam partir exemplos de ordem e obediência às leis; e o governo via-se na impossibilidade de fazer cessar, pelos meios ao seu alcance, semelhante estado de coisas, não desejando que ainda levemente se lhe atribuisse o intento de coagir os legisladores.

[...]

Chamado pelo regente, no citado dia 22 do corrente mês, para me encarregar da repartição dos negócios do Império, não hesitei um só momento à vista do perigo, tendo por colegas cidadãos tão honrados, alguns dos quais pertenciam a essa maioria: não desconheci a crise em que estava o Brasil; afligiam-me sobretudo os perigos que ameaçavam o trono, produzidos pela precipitação e insólita maneira de discutir, tolerada na Câmara dos Deputados. Meus colegas e eu, unânimes em sentimento, propusemos ao regente, em nome do imperador, o adiamento da Assembléia Geral, para o qual estávamos expressamente autorizados pela Constituição da Monarquia, e nunca me pareceu o regente mais brasileiro e mais digno do seu alto posto do que subscrevendo o seguinte decreto:

“O regente, em nome do imperador, o sr. D. Pedro II, tomando em consideração a exposição que, pelos ministros e secretários de Estado das diferentes repartições, lhe foi feita, acerca do estado de perturbação em que atualmente se acha a Câmara dos Deputados e atendendo a que a questão de maioria de s.m.i., que nela se agita, pela sua gravidade e pela alta posição e importância da augusta pessoa a que é relativa, somente pode e deve ser tratada com madura reflexão e tranqüilidade: há por bem usando da atribuição que lhe confere o artigo 101, § 5 da Constituição do Império, adiar a Assembléia Geral para o dia 20 de novembro do corrente ano. Bernardo Pereira de Vasconcelos, senador do Império, ministro e secretário do Estado dos negócios do Império, o tenha assim entendido e faça executar.

“Palácio do Rio de Janeiro, em 22 de julho de 1840, décimo nono da Independência e do Império.

“(Assinam Pedro de Araújo Lima e Bernardo Pereira de Vasconcelos.)”

No Senado não se consentiu que fosse lido esse decreto; e permita Deus que o seu nobre presidente, o sr. marquês de Paranaguá, ainda um dia não tenha de arrepender-se da maneira por que se houve neste transcendente negócio! Na Câmara dos Deputados apareceram gritos, ameaças e provocações, que nem se compadeciam com a Constituição, nem com o regimento da casa. Acusaram-me de caluniador, de traidor e de inimigo do sr. d. Pedro II. Protestaram contra este ato como emanado de um governo ilegal, intruso e usurpador; mas enfim, obedecendo-lhe, pouparam ao governo o dissabor de recorrer a providências adaptadas para a sua execução.

[...]

Depois de expedido o decreto de adiamento, partiu o regente para São Cristóvão, a fim de participar a s.m.i. o passo que dera, e declarar-lhe qual a intenção do governo, que não foi outra senão preparar devidamente as coisas para que, ainda no corrente ano, fosse proclamada a maioria de s.m.i., não como uma medida arrancada pelo desencadeamento das paixões, e ditada revolucionariamente por um partido em maioria desde 1836 até hoje, mas com aquela solenidade, prudência e sisudeza que devem

acompanhar um tão grande ato nacional. O regente voltou, tendo sido benignamente acolhido por s.m.i. e merecido o seu assentimento.

Ao meio-dia, constou ao ministério, reunido em casa do regente, que o comandante das Armas, Francisco de Paula Vasconcelos, estava de acordo com a reunião no Senado; que o comandante dos estudantes da Academia Militar havia marchado com eles armados para aquele ponto, e que uma deputação composta dos senadores e deputados se dirigia a São Cristóvão para obter de s.m.i. a sua aquiescência à proclamação de sua maioridade. Era indispensável ao governo procurar também saber qual a definitiva resolução do mesmo augusto senhor, à vista da face que as coisas acabavam de tomar, e para isso voltou o regente ao Paço Imperial. Sua majestade se dignou declarar que queria tomar já as rédeas do governo e que a Assembléia Geral fosse convocada para o dia seguinte. Conhecida assim a vontade de s.m.i. entendeu o governo que era seu dever conformar-se com ela, e os comandantes das forças, de que podia dispor, receberam ordens para se limitarem a unicamente àquelas medidas indispensáveis a fim de fazer com que a segurança individual fosse respeitada.

Apesar dos escrúpulos que tinham os membros do governo sobre tal medida, de ordem do regente, em nome do imperador, convoquei de novo a Assembléia Geral, no mesmo dia 22, para o seguinte, à vista da declaração de s.m.i. E porque era este o último ato do regente, e para que o pretexto de achar-me eu no poder não contribuísse para se consumir uma revolução e ensangüentá-la, consegui do regente a minha demissão, durante este meu último ministério de nove horas somente, nove horas que eu reputo as mais honrosas de toda a minha vida pública.¹³⁹

3.1.1. *Obra*

Como parlamentar pelo tempo de 23 anos, redigiu e proferiu inúmeros discursos parlamentares, havendo muitos deles sido registrados em

¹³⁹ VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *Exposição sobre o golpe parlamentar da maioridade*. In: VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Bernardo Pereira de Vasconcelos. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 1999, pp. 262-267.

Anais da Câmara dos Deputados e em *Anais do Senado*. Além disso, detém vasta bibliografia¹⁴⁰, apesar de sua dedicação quase exclusiva à política imperial, merecendo especial destaque os relatórios ministeriais de 1832 e 1838, onde o caráter e o viés jurídico se revelam na força política e na lucidez de sua redação. Veja-se o relatório do ano 1831, publicado em 1832: num primeiro momento, o Ministro intenciona uma “reforma tributária” capaz de readequar as escriturações da arrecadação pública, na pretensão de correções e transparência:

Diversas providencias forão tomadas para a arrecadação dos differentes Impostos á fim de arrendar em matéria tão melindrosa todo o arbítrio dos empregados subalternos. Derão-se Regulamentos para a Decima, Sello do Papel, Heranças, Novos Impostos, Novos e Velhos Direitos, Dizimos, Dizima da Chancellaria, Agoardente, Botequins, e Tabernas, Leilões, e Modas, determinando o methodo epochas de arrecadação, procurando quanto é possível tornar menos sensivel a dureza das imposições, e estabelecendo o systhema da escripturação da Receita pelo meio de Livros de talões, em que fica o assento da importancia na folha, de que é cortado o recibo.

Não me pareceu com tudo que estas providencias podessem dar o resultado, que eu desejava; isto é, uma exacta arrecadação, fiel distribuição, e vigilante fiscalização das rendas publicas, se não estabelecesse uma escripturação, e contabilidade systhematica, precisa, e uniforme para todo o Império, acabando com a arbitrariedade dos methodos adoptados por cada Junta de Fazenda, e até por cada Empregado. Para este effeito,

¹⁴⁰ *Carta aos senhores eleitores da província de Minas Geraes*, 1828. *Commentário à lei dos juizes de paz*, 1829. *Discurso proferido por ocasião da abertura das aulas do Collegio de D. Pedro II*, 1838. *Manifesto político e exposição de princípios*, s.d. (Há uma versão de 1978 editada pelo Senado Federal em parceria com a Universidade de Brasília. VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *Manifesto Político e Exposição de Princípios*. Brasília: Senado Federal/UNB, 1978). *O deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos repelle as grosseiras calumnias com que foi atacado pelo marquez de Baependy em hum impresso avulso de 13 do corrente*, 1827. *Relatório apresentado à Câmara dos senhores deputados pelo ministro e Secretário d'Estado dos Negócios da Fazenda, Bernardo Pereira de Vasconcellos na sessão de 1832*, 1832. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça apresentado à Assembléia Geral Legislativa na sessão ordinária de 1838 pelo respectivo ministro e secretário de Estado Bernardo Pereira de Vasconcellos*, 1838.

appropriando os principios da escripturação dobrada a todos os objectos, que assim pódem ser tratados, e applicando a escripturação simples á aquelles, que de outro modo não podem ser levados; formei hum corpo de Instrucções, fixei nelle o numero de Livros principaes, e auxiliares para o Thesouro, e Thesourarias; determinei todas as relações deste, e destas; prescrevi a marcha facil, mas segura, das entradas, e sahidas dos cofres, acompanhado tudo de modelos, de fórma que a par do preceito achão os Empregados subalternos a maneira pratica, e ficão inhibidos de introduzir arbitrias irregularidades debaixo do pretexto de responsabilidade, e de empatar, a titulo de formulas, com delongas ociosas o prompto expediente das Partes.¹⁴¹

No mesmo relatório o Ministro dá nova interpretação à incidência de juros, em clara manifestação de proteção ao crédito dos tomadores. Veja-se:

A Lei da fundação da Divida foi por mim entendida diversamente do que o foi pelos meos Antecessores quanto á conta dos juros, que vencer devem os Titulos dos credores. Eles mandarão pagar estes juros desde a data do reconhecimento da divida: eu só o tenho mandado pagar desde a entrega da Apolice. Examinando a Lei, não achei nella um Artigo pelo menos claro, que auctorisasse aquella (sic), como a minha deliberação esta diametral opposição com aquella, que achei estabelecida, julguei de meu dever levar ao vosso conhecimento um, e outro systema, para dares a Sancção ao que na vossa sabedoria julgares ser o genuíno sentido da Lei.¹⁴²

E no tocante à propriedade territorial, critica fortemente o sistema judiciário e a aplicação da lei, nestes termos:

¹⁴¹ BRASIL. *Relatório Apresentado á Câmara dos Senhores Deputados pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negócios da Fazenda Bernardo Pereira de Vasconcellos na Sessão de 1832*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832, pp. 32-34.

¹⁴² *Idem*, pp. 40-41.

A fraude tem-se de tal modo (sic), e insinuado, que poucos são os objectos, que ella não contamina. A propriedade territorial não lhe escapou, porque é com o maior despejo, talvez fundado na impunidade, ou no horror, que hoje causa ao homem de bem o sustentar processos, e sofrer a chicana do foro, e a corrupção de alguns Juizes, que quase todos os dias se vê hypothecar a diversos um mesmo bem, e até vendel-o a um terceiro com total prejuízo dos outros. Daqui resulta que a Letra de um Mercador, que outra garantia não tem senão a do seu credito, encontra maior consideração que a do Proprietario, que offerece seguras hypothecas. Cumpre pois, Senhores, dar á propriedade territorial a segurança, que deve desfrutar em um Paiz civilisado, e aquella consideração, que lhe é essencial. A Inglaterra, a França, Nápoles e outras Nações nos offerecem modelos, d'onde podemos colher ao que convier ao nosso Paiz. Se uma medida adoptardes sobre este assumpto, que, posso dizer-vos, é hoje de uma influencia vital na riqueza publica, vós a fareis subir consideravelmente de valor, e dareis aos proprietarios os meios mais seguros de achar em si mesmos recurso para o melhoramento de suas fortunas.¹⁴³

Quando Ministro interino de Estado, em 1837 – pasta essa que tratava da educação, saúde pública, comércio, indústria, demografia e família imperial, agricultura, mineração, navegação interna, comunicação, iluminação pública e obras públicas –, Bernardo Pereira de Vasconcelos posicionou-se mais uma vez acerca dos cursos jurídicos, posto que a instrução pública estaria naquele momento a cargo de seu Ministério.

Os Cursos de Sciencias Sociaes e Juridicas continuão a lutar com embaraços consideráveis. Porei de parte os que me parecem irremediaveis, para não consumir inutilmente o tempo e não cançar a vossa paciencia: limitar-me-hei áquelles, que são de facil remoção, e demandão prontas providencias.

¹⁴³ *Idem*, pp. 74-75.

Reduso estes embaraços a dois: hum delles a falta de Lentes, outro a falta de assiduidade nos que existem. Não ignoraes que a carreira da Magistratura offerece aos habilitados para ella huma perspectiva lisongeira, assim como a da Advocacia uma condição independente, e abastada. Nem com uma, nem com outra pode competir a carreira do Magistério pelos diminutos interesses, que lhe estão consignados, e pelo tedio das funcções, que lhes são inherentes. Daqui procede serem rarissimos os mancebos talentosos, e applicados, que aspirão aos Lugares Cathedrauticos. Reconhecida, como verdadeira, esta origem do mal, de que estou tratando, o seu remédio por si mesmo se patentea, e consiste no augmento dos honorarios dos Lentes, de maneira que esses honorarios tornem os referidos Lugares appeteciveis. Concedido este augmento a titulo de Gratificação áquelles, que effectivamente regerem as Cadeiras, quer sejam Proprietarios dellas, quer Substitutos, que servirem nos seus impedimentos, cessará tambem o segundo mal; e as licenças, que hoje se pedem com motivos menos exactos, porem documentalmente justificados, e que o Governo não pode deixar de conceder sem incorrer em huma responsabilidade moral odiosa, ou na censura de injusto, serão menos sollicitadas, e acabarão as distracções provindas de objectos alheios ao ensino. (...).

[...]

Concluirei o que tenho a dizer sobre os Cursos Juridicos, ponderando que o de Olinda não possui ainda uma Bibliotheca; constando, a que existe com este nome, de poucos livros velhos, e algumas obras truncadas. No caso de dever substituir este Estabelecimento, torna-se necessário comprar duas moradas de casas, que ficão immediatas ao antigo Palacio dos Governadores, e formar dellas, e deste, hum só edificio para accommodação tanto da referida Bibliotheca, a que elle se acha destinado, como da Academia, e do Collegio das Artes. Pelo que respeita ao de S. Paulo, faz-se indispensavel a construcção de huma sala para os

Doutoramentos. O orçamento da despesa provavel com esta ultima obra vos será apresentado.¹⁴⁴

Bernardo Pereira de Vasconcelos morreu no Rio de Janeiro, em 1850, vencido pela epidemia de febre amarela, já completamente parálítico devido a doenças da coluna que o acompanhavam desde 1828. Assim José Murilo de Carvalho encerra suas caracterizações:

Gigante intelectual, na definição de Nabuco, sustentáculo da monarquia representativa, teórico do liberalismo conservador em política e economia, construtor de instituições, mas também avesso à democracia e à igualdade social e insensível à sorte dos escravos, tudo isso foi Vasconcelos. Admirado, temido e odiado, não deixou ninguém indiferente á sua passagem. O país também guardou sua marca nas instituições e no viés conservador de suas elites, expresso no ideal do progresso na ordem.¹⁴⁵

3.1.2. O Código Criminal

Nas últimas sessões de 1826, Bernardo Pereira de Vasconcelos disponibilizou o projeto do Código Criminal do Império, trabalho esse que, por si só, marcaria o avanço das idéias liberais no Brasil e perpetuaria o nome de seu autor. Desse projeto sairia, quatro anos depois, com algumas incorporações do projeto de José Clemente Pereira, o Código Criminal do Império.

¹⁴⁴ BRASIL. *Relatorio da Repartição dos Negócios do Império Apresentado á Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária de 1838 Pelo Respectivo Ministro e Secretario de Estado Interino Bernardo Pereira de Vasconcellos*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1838, pp. 11-13.

¹⁴⁵ CARVALHO, José Murilo de. [Introdução à] *Bernardo Pereira de Vasconcelos. Op. Cit.*, p. 34.

Merece especial análise, encadeada nos “pontos cardeais” do legalismo, das fontes de direito, da soberania e da hermenêutica jurídica, o próprio *Código*, eis que fruto da estruturação deste jurista.

A primeira parte, que traz a abordagem *dos crimes e das penas*, demonstra, de plano, na sinonímia de crime com delito, o princípio da anterioridade da lei penal. Conceitua crime como a ação ou omissão voluntária estritamente contrária à lei penal, na forma tentada ou consumada. Além disso, dispõe que a simples ameaça “de fazer algum mal a alguém” configura, igualmente, tipo penal.

Mas o dolo aparece como condição conceitual: pois não há crime “sem má-fé”, ou seja, que desconheça o mal, bem como que não o intencione praticar.

Na teoria do crime apresentada por Bernardo Pereira de Vasconcelos, aparecem crimes (sofisticados para a época) contra o abuso da liberdade de comunicação e de pensamento, imputando ao impressor, ao gravador, ao “litógrafo”, ao editor a devida responsabilidade penal.

Quanto à inimizabilidade penal, resta clara a influência do código francês, destituindo os menores (de 14 anos), os loucos e aqueles que “cometerem crimes violentados por força ou por medo irresistíveis” (artigo 10, 3º). Há, nesse ponto, o prenúncio do instituto da legítima defesa, assim disposto: “Os que cometerem crimes casualmente no exercício, ou prática de qualquer acto lícito, feito com a tenção ordinária” (artigo 10, 4º); e “Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: (...) Quando fôr feito em defeza da propria pessoa, ou de

seus direitos” (artigo 14, 2º). Condicionado, no entanto, à observação dos seguintes requisitos: “1º Certeza do mal, que os delinquentes se propozeram evitar; 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º O não ter havido da parte delles, ou de suas familias provocação, ou delicto, que occasionasse o conflicto”. Aliás, decidiu-se, na Relação (gerando jurisprudência), que o crime cometido em defesa própria somente seria aceito como justificável se fossem comprovados os requisitos de sua validade¹⁴⁶.

Apontou o Código, outrossim, as circunstâncias agravantes e atenuantes, assim consistentes: seriam agravantes as circunstâncias de haver o criminoso cometido o delicto, alternativamente, à noite, em lugar ermo, premeditadamente, mediante fraude, com abuso de confiança, vislumbrando recompensa, com emprego de veneno, incêndio ou inundação, com arrombamento ou invasão de domicílio, com surpresa ou disfarce “para não ser conhecido”, em reincidência, mediante concurso de pessoas, por “motivo reprovado ou frívolo”, contra idoso “tanto que possa ser seu pai”, com superioridade de sexo, força ou armas, com grau de parentesco ou qualquer outro “que o constitua á respeito deste em razão de pai”, (artigo 16, 1º a 17).

Já o crime seria atenuado quando fosse o caso de haver o “delinqüente” cometido para evitar mal maior, em defesa própria ou de terceiro, em desafiada a “injúria ou deshonra” ou a ameaça ou a provocação, em estado de embriaguez, se menor de vinte e um anos, ou ainda sem conhecimento do mal ou sem intenção de praticá-lo (artigo 18, 1º a 10).

¹⁴⁶ VASCONCELLOS, José Marcellino Pereira de. *Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C., 1860, p. 12.

Uma teoria da justiça presente no capítulo IV da primeira seção previa a “satisfação” do dano causado com o delito, o que deveria, o mais possível, se aproximar da restituição do bem jurídico legalmente tutelado.

No que tange às penas, presente está o idêntico princípio da legalidade, determinando a punição na conformidade das penas previamente estabelecidas (artigo 33). Prevista esteve a pena de morte, pela força (artigo 38), a qual deveria ser executada “no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na véspera de domingo, dia santo, ou de festa nacional”. Além desta, o Código previra as penas de prisão simples, de galés, de prisão com trabalho, de banimento, de degredo, de desterro, de multa, de suspensão de emprego e de açoite (artigos 38 a 64).

Quanto à aplicabilidade da pena, José Marcellino Pereira de Vasconcellos bem comenta o artigo 46, tratando da pena de prisão com trabalho, nos seguintes termos:

Na pena de prisão com trabalho, nos lugares onde houver casa de correção, só deve considerar-se começada a execução da sentença, depois que for á ella effectivamente recolhido o réo condemnado, cumprindo aos Juizes da execução terem attenção, sob sua responsabilidade, ao art. 83 § 1º da Lei de 3 de Dezembro de 1841. – Nos lugares porém onde não houver casa de correção, deve contar-se o tempo de prisão effectiva com o augmento da sexta parte, na fórma do art. 49 do presente Código, desde a data em que se tiver proferido a sentença, ainda quando se haja della apellado.¹⁴⁷

A parte segunda do Código criminal é aberta com a legitimação do Império, quando trata *dos crimes contra a independencia, integridade, e dignidade da*

¹⁴⁷ *Idem*, p. 22.

nação. São considerados crimes contra a existência política do Império, e inauguram a “parte especial” do Código (“dos crimes publicos”).

Dessa forma, configuram crime – quase todos passíveis de pena de prisão perpétua e/ou com trabalho, ou de banimento – tentar destruir a integridade ou independência do Império, provocar uma nação estrangeira a declarar guerra contra o Império, ou auxiliá-la nesse propósito, ou tomar armas contra o Império em bandeira inimiga, comprometer a paz cometendo hostilidades a outras nações, violar ou comprometer tratados internacionais, entregar território do Império de que esteja na posse a inimigo ou nação estrangeira, exercer pirataria (artigos 68 a 84).

Implicam ainda os crimes contra a constituição do Império e a forma de governo, bem como contra o chefe de governo. Merecem destaque os crimes de conspiração (“Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dous, não se tendo começado a reduzir a acto”, artigo 107), de rebelião (“Julgar-se-ha commettido este crime, reunindo-se uma, ou mais povoações, que comprehendam todas mais de vinte mil pessoas, para se perpetrar algum, ou alguns dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dous”, artigo 110), de sedição (“Julgar-se-ha commettido este crime, ajuntando-se mais de vinte pessoas, armadas todas, ou parte dellas, para o fim de obstar á posse do empregado publico, nomeado competentemente, e munido de

titulo legitimo; ou para o privar do exercicio do seu emprego; ou para obstar á execução, e cumprimento de qualquer acto, ou ordem legal de legitima autoridade”, artigo 111), de insurreição (“Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força”, artigo 113) e de resistência (“Oppôr-se alguém de qualquer modo com força á execução das ordens legaes das autoridades com potentes”, artigo 116).

O título que trata dos crimes contra a administração pública veicula os seguintes tipos penais: prevaricação, peita¹⁴⁸, suborno, concussão, “excesso, ou abuso de autoridade, ou influencia proveniente do emprego”¹⁴⁹, “falta da exacção no cumprimento dos deveres”, falsidade, perjúrio, peculato, contrabando e “destruição ou damnificação de construcções, monumentos, e bens publicos” (artigos 129 a 178).

A terceira parte do Código (a seqüência da “parte especial”) encadeia o rol de crimes particulares. Antes o público, depois o privado!

Os crimes contra a liberdade individual são inaugurados com a objeção à escravidão: “Reluzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade” (artigo 179). E os crimes contra a segurança individual são iniciados com o homicídio: “Matar alguém com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete” (artigo 192). Suas derivativas estão bem elencadas: infanticídio, “ferimentos, e outras offensas physicas”, ameaça, entrada na casa

¹⁴⁸ “Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei”, artigo 130.

¹⁴⁹ “Arrogar-se, e effectivamente exercer sem direito, ou motivo legitimo, qualquer emprego, ou funcção publica”, artigo 137.

alheia, violação de correspondência (artigos 197 a 218); além dos crimes contra a honra: estupro, rapto, calúnia e injúria, (artigos 219 a 246); e dos crimes contra a família: matrimônio contra as leis do Império, poligamia, “parto supposto, e outros fingimentos”¹⁵⁰, (artigos 247 a 256); e dos crimes contra a propriedade: furto, bancarrota e estelionato, dano e roubo (artigos 257 a 275).

Comentando Vasconcellos os tipos penais dos crimes contra a segurança individual, por uma consequência peculiar (escravidão) no regime de agravante (ou seja, artigos 192 e seguintes combinado(s) com artigo 16, § 7º), assim aduz:

Serão punidos com a pena de morte os escravos, ou escravas que matarem, por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes que em sua companhia morarem, o administrador, feitor, e as suas mulheres que com elles viverem. (Lei de 10 de Junho de 1835, art. 1º) (...)

Os escravos ou escravas que ferirem, ou commetterem offensas physicas levemente contra seu senhor, sua mulher, descendentes, ou ascendentes que em sua companhia morarem, contra administrador, feitor, e as suas mulheres, serão castigados com açoites, em proporção das circumstancias mais ou menos aggravantes. (Art. 1º da Lei de 10 de Junho de 1835.)¹⁵¹

E assim se manifesta no que tange à representação para a ação penal:

A punição dos crimes particulares depende, em regra, da queixa do offendido; e para que os seus autores possam ser perseguidos *ex-officio* ou

¹⁵⁰ “Fingir-se a mulher prenhe, e dar o parto alheio por seu, ou sendo verdadeiramente prenhe, substituir a sua por outra criança; furtar alguma criança, occultal-a, ou trocal-a por outra”, artigo 254.

¹⁵¹ *Idem*, pp. 76 e 78.

por denuncia do Promotor Publico e de qualquer pessoa do povo, mister é algumas das seguintes circumnstances: – Ser o offendido pessoa miserável; ser o crime (pelo grão da pena) inafiançavel; ser o delinquente preso em flagrante. (Arts. 73 e 74, §§ 1º e 6º do Codigo do Processo, e 263 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842.)¹⁵²

Uma última parte (“parte quarta”) dispõe sobre os “crimes policiaes”: ofensas da religião, da moral e dos bons costumes, sociedades secretas¹⁵³, quadrilha (“ajuntamentos illicitos”), vadiagem e mendicância, uso de armas, fabrico e uso de instrumentos para roubo, uso de nomes supostos e de títulos indevidos e uso indevido da imprensa (artigos 276 a 307).

Trata-se de Código bastante satisfatório, muito amplificado para o período, e que demonstra a verve liberal de seu relator, merecedor de consideração, pois, no âmbito do direito público “aplicado”, capaz de contribuir definitivamente para com a formação da cultura jurídica brasileira.



É notável que as bases do Código Criminal do Império resgatam preceitos e ditames da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, pois em toda a sistemática, de plano legislativo, que trata especialmente da “teoria da pena” resta encadeado o espírito revolucionário (iluminista, em verdade) que atribui ao

¹⁵² *Idem*, p. 69.

¹⁵³ “A reunião de mais de dez pessoas em uma casa em certos, e determinados dias, sómente se julgará criminosa, quando fôr para fim, de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se communicar em fôrma legal ao Juiz de Paz do districto, em que se fizer a reunião”, artigo 282.

homem – à vida e à liberdade – o maior valor que a política e o direito podem consagrar.

O texto de 1789, de idéias libertárias e liberais, proclama direitos fundamentais do homem, e apesar de haverem sido inscritos no Brasil na Carta de 1824 (artigo 179), receberam sistematização contundente no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Veja-se, no texto penal brasileiro, a inscrição dos artigos 4º e 5º da *Declaração*¹⁵⁴, que força o princípio da legalidade:

Art. 1º. Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique.

(...)

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.

Ouviu-se aqui o eco da Carta Outorgada:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

¹⁵⁴ *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789. Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (...) Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delicto e legalmente aplicada.

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

(...)

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta.

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

(...)

A cidadania apontada por Vasconcelos, em seu ato legislativo, pressupõe a observância do princípio da legalidade, da dignidade humana (apesar de vigorar, até o fim do Império, a pena de morte na forca), da presunção da inocência, do devido processo legal.

É igualmente visível a noção de soberania (política), ao estabelecer para o “poder soberano” (Poder Moderador) a possibilidade de perdão ou minoração das penas, especialmente a de morte, o que, aliás, fora praticado a partir de 1861, quando, salvo uma única exceção (em 1876), o Imperador comutou as penas de morte para prisão ou banimento. Veja-se a ordem:

Art. 66. O perdão, ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciar o Poder Moderador, não os eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude.

Obviamente a letra da lei estava imbuída de certa literalidade que recebeu a respectiva carga interpretativa nas análises de casos concretos, o que não

desmereceu o Código Criminal, em vigor durante todo o Império brasileiro (e até 1891, quando fora substituído pelo novo Código Penal republicano “dos Estados Unidos do Brasil”).

3.2. José Antônio Pimenta Bueno

É provável que tenha nascido em Santos, no ano 1803, aonde e quando foi registrado por José Antônio Pimenta Bueno, médico que o teria adotado.

Estudou direito na primeira turma da Faculdade de São Paulo, no Largo São Francisco, lá havendo ingressado em 1828 e colado grau em 1832. Toda sua carreira, iniciada na magistratura e encerrada em Gabinete imperial, se deveu mais à sua reputação como jurista e à simpatia de D. Pedro II do que como político ou orador. Em seguida ao bacharelado, assumiu o cargo de magistrado, sendo deputado provincial em 1834. No ano seguinte foi nomeado presidente da província de Mato Grosso, e em 1837 retoma a carreira inicial. Em 1843 foi indicado a desembargador da Relação do Maranhão. Entre 1844 e 1847 torna-se diplomata, assumindo missão no Paraguai. Em 1847 é indicado para o Ministério da Justiça, no gabinete de Manuel Alves Branco. Em 1850 é indicado à presidência da província do Rio Grande do Sul e em 1852 assume uma cadeira no Senado imperial. O seu papel político de defensor da monarquia o coloca, em 1859, no Conselho de Estado, ocupando a partir de 1870 a chefia de gabinete. Nesse papel

atingiu o ápice de sua carreira política, ao encaminhar e aprovar a Lei do Ventre Livre. “Marquês de São Vicente” desde 1872, morre no Rio de Janeiro em 1878.¹⁵⁵

O fundador e presidente emérito do Instituto Pimenta Bueno da FD/USP, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, categoriza esse jurista como baluarte do direito constitucional brasileiro, nesses termos:

Jurista de escol, foi o maior dos constitucionalistas do Império. Autor do Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, publicado em 1858, muitas de suas lições merecem ainda hoje a ponderação e o exame dos que se debruçam sobre o problema constitucional brasileiro. Essa obra – é Seabra Fagundes quem o sublinha na apresentação que precede sua reedição promovida pelo Ministério da Justiça em comemoração ao seu centenário – *se credencia, antes de tudo, pela fidelidade aos sentido impessoal e superior da ordem jurídica, pelo espírito crítico, desassombrado e lúcido, a serviço do aperfeiçoamento das instituições constitucionais e, ainda, pela capacidade de dar vida aos textos na adequação deles ao estágio político e social do país na época.*¹⁵⁶

3.2.1. Obra

O jurista Pimenta Bueno muito contribuiu para com a doutrina jurídica nacional em seus 46 anos de produção intelectual¹⁵⁷.

¹⁵⁵ KUGELMAS, Eduardo. [Introdução à] *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. BUENO, José Antônio Pimenta. *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. Org. e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002, pp. 19-49.

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Pimenta Bueno, o constitucionalista do Império*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 72(2):123-31, 1977, p. 124.

¹⁵⁷ Sua obra formal está assim elencada: *Apontamentos sobre o processo criminal pelo jury*, 1849. *Apontamentos sobre a formalidade do processo civil*, 1850. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 1857. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, 1857. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*, 1863. *Considerações relativas ao beneplácito e recurso à Coroa em matéria de culto*, 1873.

Quando Ministro da Justiça, em 1847, redigiu o relatório ministerial pertinente¹⁵⁸. Estava a seu cargo a “administração da justiça”, sobre a qual se manifestou por não ser satisfatória, constituindo a sua precária distribuição “um dos maiores flagelos da sociedade” brasileira.¹⁵⁹ Isso por diversas razões, ressaltando a geografia do País: a proporção inversa entre territorialidade e densidade demográfica. Denunciou também a precariedade do funcionalismo responsável pela manutenção da própria administração, da seguinte forma:

Outro facto não menos reconhecido tende constantemente a desnaturar e perverter a administração da justiça, e he a parcialidade de algumas autoridades subalternas, e sobretudo policiaes, que tiradas, muitas veses, de uma classe da população sem letras, e talvez mesmo sem meios amplos de subsistencia, não tem dado aos cidadãos a garantia, e protecção, que de sua instituição, se esperava. Este defeito de parcialidade lhes tem sido na pratica como que communicado pelo modo de suas nomeações, feitas em grande parte sem conhecimento pessoal, e só por fé de informações, que quase sempre se ressentem das opiniões políticas, e interesses preponderantes.¹⁶⁰

Apontou, outrossim, o absurdo da ausência legislativa no tocante às relações comerciais, o que seria suprido dois anos depois com a publicação do Código Comercial do Império, “capaz de reprimir o abuso intoleravel do credito mercantil em um paiz novo”¹⁶¹.

¹⁵⁸ BUENO, José Antonio Pimenta. *Relatorio da Repartição dos Negocios da Justiça apresentado á Assembleia Geral Legislativa na 1ª Sessão da 7ª Legislatura em 1848 pelo respectivo Ministro e Secretario d'Estado José Antonio Pimenta Bueno*. Rio de Janeiro: Typ. do Diario de N. L. Vianna, 1848.

¹⁵⁹ BUENO, José Antonio Pimenta. *Relatorio da Repartição dos Negocios da Justiça apresentado á Assembleia Geral Legislativa na 1ª Sessão da 7ª Legislatura em 1848 pelo respectivo Ministro e Secretario d'Estado José Antonio Pimenta Bueno*. Rio de Janeiro: Typ. do Diario de N. L. Vianna, 1848, p. 6.

¹⁶⁰ *Idem*, pp. 6-7.

¹⁶¹ *Idem*, p. 8.

E observou problemas no Supremo Tribunal de Justiça, além das quatro Relações, principalmente no que tange à morosidade da justiça, sugerindo um estudo de “direito comparado” para a melhoria da estruturação do Judiciário imperial.

Afinal, o então Ministro da Justiça atribuía à administração da justiça “um dos mais poderosos elementos da segurança e felicidade de um povo”¹⁶². Isso vem à tona em sua obra maior, o *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, referência doutrinária para o constitucionalismo imperial.

Obra que merece desde já o devido aprofundamento, tanto por revelar a técnica da hermenêutica constitucionalista, quanto pelo seu caráter verdadeiramente didático.

3.2.2. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*

O tratado de direito constitucional *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* é, em si, um monumento doutrinário do direito brasileiro. E seu estudo deve ser realizado no entrosamento das “chaves” para compreensão da cultura jurídica publicista no Brasil do século XIX.

Publicado pela primeira vez em 1857, desde o princípio pretendia uma conotação didática, aquém de doutrinária. Leiam-se as primeiras frases nesse sentido:

¹⁶² *Idem*, p. 7.

Não publicamos este ensaio do Direito Publico Brasileiro e analyse da constituição de nossa sociedade política, para o uso das intelligencias superiores familiarisadas com as sciencias sociaes.

Nosso trabalho aspira a menos: destina-se a auxiliar os esforços dos jovens Brasileiros que dedicação-se ao estudo do Direito, e que não têm ainda, ao menos que saibamos, um expositor nacional dos principios fundamentaes de nossas leis e liberdades patrias.

Destina-se tambem ao uso de nossos concidadãos, que, empregados em outras profissões, não cultivam habitualmente a sciencia da legislação.

Poucas são as sciencias sociaes, cujo conhecimento seja tão util facilitar, como a do Direito Publico e Administrativo.

É não só conveniente, mas muito necessario, que os membros de um Estado, de uma sociedade livre, saibão quais são seus direitos e seus deveres no exercicio de suas relações politicas e administrativas; e quaes os direitos e obrigações dos poderes publicos. Convem aos individuos, á sociedade, e ao governo, pois que os governos são como as outras cousas humanas; para serem amados e duradouros, precisam ser conhecidos, apreciados e queridos. Sem isso não há espirito publico, nem amor ás instituições.¹⁶³

A pretensão inaugural esteve no patamar de elucidar questões, de encaminhar aos seus leitores os entendimentos necessários aos meandros do poder público, da administração e do Estado. Tachava o autor como indispensável que os cidadãos brasileiros tivessem “pelo menos as principaes noções do como esses ramos do direito procurão harmonisar a liberdade com o poder, do como, quando, e porque alguns dos variados direitos e interesses do individuo são subordinados ao direito, ou interesse social colectivo, e outros não”¹⁶⁴.

¹⁶³ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. III.

¹⁶⁴ *Idem*, p. IV.

Partindo da então inovadora divisão entre o “interesse colectivo” e o “interesse particular”, Pimenta Bueno anota os prováveis conflitos de interesse – que a história “da civilização” corroborou – causando, em decorrência, o surgimento, no direito romano, das suas duas grandes searas: o Direito Público (que “tem por dominio todas as relações do cidadão para com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem á ordem privada”¹⁶⁵) e o Direito Privado (que “tem por dominio as relações que se agitam não entre o cidadão e o Estado, sim entre os individuos na razão ou intuito de seus interesses particulares”¹⁶⁶).

As conseqüências desta divisão acabam por ser apontadas no exercício do poder, pelo “executivo” ou “administrativo”, que detém o condão de gerenciar as relações entre cidadãos e Estado. Já as relações de cidadãos entre si devem ser geridas pelo “judiciário”.

Na análise esmiuçada do Direito Público, com aplicabilidade à realidade brasileira, o autor observa que o direito público interno, aquele positivado, político e constitucional, está representado pela Constituição do Império, “quem rege nossa sociedade política, os poderes brasileiros, nossos direitos, e obrigações publicas; é o palladio de nossas liberdades e destinos”¹⁶⁷. E aponta o direito administrativo como o baluarte do Estado, na vertente científica e positiva, quais sejam:

¹⁶⁵ *Idem*, p. 8.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 10.

No primeiro caso é a sciencia da administração, a theoria racional da competência e da acção do poder executivo, e de seus agentes, em sua gestão e relações com os direitos e obrigações dos administrados, em vistas do interesse colectivo, ou geral da sociedade. É a sciencia que estuda e proclama as regras e condições geraes que são apropriadas para segurar o melhor desempenho do serviço administrativo, o bem-ser, a prosperidade social; é quem examina e esclarece os elementos da administração, as discussões dos negocios publicos, as opiniões e actos dos conselhos, e demais órgãos do poder executivo; é finalmente quem assignala os vicios, indica as lacunas, as reformas, os melhoramentos, que o interesse social reclama. (...)

Como *Direito Positivo* é o complexo dos principios e leis positivas de um Estado (o Brazil, por exemplo), que regulão a competencia, direcção ou gestão do seu poder executivo quanto aos direitos, interesses e obrigações administrativas da sociedade e dos administrados na esphera do interesse geral. (...) É, ou ao menos deve ser, a parte do Direito reguladora dos actos da administração, o pharol que demonstra como o poder executivo estende e maneja sua acção no circulo de sua competencia, sobre todos os pontos do territorio, como deve aproveitar as forças e recursos sociaes, a resolver as difficuldades que possão suscitar-se contra seus uteis esforços.¹⁶⁸

E quando toca no direito administrativo positivo, impera a necessidade de se esclarecer acerca “das diversas especies de leis”, capítulo em que apresenta fundamentadamente as leis quanto à sua origem (“leis naturaes” e “leis positivas”), quanto aos ramos do direito (“leis politicas”, “leis constitucionaes ou fundamentaes”, “leis administrativas”, “leis civis”, “leis commerciaes” e “leis criminaes”), bem como a natureza jurídica dos regulamentos. O referencial

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 11-12.

bibliográfico é vasto e competente, merecendo especial destaque as obras de Blackstone, Tocqueville, Chevalier, Destut de Tracy e Condorcet¹⁶⁹.

Quanto à interpretação da constituição – e a obra, em essência, é a Constituição de 1824 comentada – é perceptível a preocupação de enaltecer o papel do Estado brasileiro como provedor de todos os súditos, ressaltando dessa forma a força do Estado e sua perpetuidade. O espírito de “nação brasileira” está a todo instante presente no texto, pela conclamação à união. A exemplo disso, veja-se o comentário ao artigo 2º da Carta Imperial, que trata da divisão e eventual subdivisão do território em províncias:

Importa certamente muito que os centros administrativos não tenham raios tão extensos, que amortecem a acção governamental; é de mister que esses centros tenham pelo contrario facilidade de inspecção de prompto os diversos serviços publicos, e especialmente a educação, os costumes, o character, a linguagem que se imprimem na mocidade nacional, para que as provincias e as suas sub-divisões não componham povos diversos, ciosos ou rivaes, mas um só povo brasileiro.¹⁷⁰

Essa ação administrativa, a cargo do Imperador e da Assembléia, é defendida por Pimenta Bueno como de governo monárquico-hereditário (artigo 4º

¹⁶⁹ Sobre a bibliografia consultada por Pimenta Bueno, há referência expressa das seguintes obras: De Lolme, *Constituição da Inglaterra*. Blackstone, *Commentario sobre as leis inglezas*. Laya, *Direito inglez*. Tocqueville, *Democracia da America*. Murat, *Principios do governo americano*. Chevalier, *Cartas sobre a America do Norte*. Favard, *Elementos do Direito Publico e Administrativo na Belgica*. Laferrière, *Direito Publico e Administrativo*. Foucart, *Elementos de Direito Publico e Administrativo*. Vivien, *Estudos administrativos*. Cabantous, *Direito Administrativo*. Macarel, *Direito Administrativo e Direito Politico*. Silvestre Pinheiro, *Curso de Direito Publico*. Sismondi, *Constituição dos povos livres*. Isambert, *Direito Publico*. Fritot, *Sciencia do publicista*. Lanjuinais, *Constituições dos povos*. Cormenin, *Direito Administrativo*. Henrion de Pansey, *Obras judiciais*. B. Constant, *Curso de política constitucional*. Graverend, *Lacunas da legislação*. Destut de Tracy e Condorcet, *Commentario sobre o espirito das leis de Montesquieu*. Garnier-Pagés, *Diccionario politico*. Favard de Langlade, *Repertório da legislação*. Magnitot e Delamare, *Diccionario do direito publico e Administrativo*. Bonnier, Carré e Bentham, *Organização judiciaria*. Foelix, *Direito internacional privado*. Chassat, *Tratado dos estatutos*. Westoby, *Legislação ingleza*.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 22.

da Constituição de 1824), modelo mais condizente, segundo o autor, ao desenvolvimento das idéias e do progresso moral, intelectual e material da nação brasileira. Leia-se o comentário: “Foi uma resolução inspirada pela Providencia. Certamente, a fôrma de governo que preferimos é a mais elevada, philosophica e apropriada ás necessidades e porvir do Brazil; Ella reúne em si todas as garantias, offerece a estabilidade e promette as maiores vantagens que um povo póde aspirar”¹⁷¹.

O artigo 10 da Constituição do Império é de extrema relevância para o autor, porquanto apresenta a organização dos poderes políticos, a “delegação da soberania nacional”, sua expressão natural e necessária, quais sejam o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

O tema da separação dos poderes suscita bons e volumosos capítulos nessa obra de direito constitucional, na distinção precípua entre regimes livres e absolutos. Assim, o intuito de um legislativo separado (“a mais alta expressão da soberania nacional”) está no fato de que o criador das leis não necessariamente as executa, pois se assim o fosse, a pólvora do absolutismo ainda estaria pairando sobre o sistema. No ponto inverso, seguindo a mesma lógica, o executivo recebe o plano feito, para apenas gerenciá-lo: é agente vivo da vontade legal, e não pessoal. E ao Poder Judiciário está consolidada a missão de resguardar o cumprimento das leis, sem que se as faça, e sem que se as execute; trata-se de um poder “vigilante” e “garantidor” da ordem pública e particular.

¹⁷¹ *Idem*, p. 28. E no encerramento desse mesmo tópico, o autor registra, acerca da “Dinastya brasileira” consagrada no mesmo artigo constitucional (iniciada com D. Pedro I): “A Providencia permita, para o bem dos Brasileiros, que a que actualmente impera jámais haja de extinguir-se” (*Idem*, p. 30).

Curiosamente, toda essa primeira parte do texto dedica um único e curto parágrafo para abordar o Poder Moderador: “A conveniencia de que exista um poder legitimo que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes políticos, dá nascimento ao que é denominado moderador”¹⁷². Nem é preciso reforçar que esse poder é aquele discricionário, exercido direta e unicamente pelo Imperador. É assim que a própria Carta Imperial o apresenta: “O poder moderador é a chave de toda a organização politica, e é delegado privativamente ao imperador como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independencia, equilibrio e harmonia dos mais podres politicos” (artigo 98).

Quanto às garantias ou “promessas” constitucionais, verifica o jurista, antes de tudo, a necessidade inexorável de se conceber, em qualquer [pretensa] civilização, fundamentos e princípios essenciais de regulação e organização política, para o fim de assegurar aos partícipes desta relação sócio-política as garantias e “promessas” inerentes: o bem de todos e o de cada um. Esse o verdadeiro significado de uma Lei Maior, para além de mero “symbolo de esperanças lisongeiras”. “É o frontispicio grandioso do edificio representativo, que para não ficar só em simples decoração isolada demanda suas columnas de segurança, seus espaços interiores, que resguardem os direito publicos e individuaes, que sirvão de officinas da prosperidade social”¹⁷³.

¹⁷² *Idem*, p. 31.

¹⁷³ *Idem*, p. 45.

Toda a argumentação de Pimenta Bueno nesse particular é, além de técnica e jurídica, filosófica, patriótica, moral e religiosa.

Mas é no capítulo sobre a interpretação das leis, dentre outros, que José Antonio Pimenta Bueno se revela: alça o patamar de jurista do Império. “O assumpto da interpretação das leis é muito valioso, é uma questão fundamental que joga com importantes materias do Direito Publico, com a divisão e independencia dos poderes, e que por isso mesmo demanda idéas bem assentadas e exactas”¹⁷⁴.

Num primeiro instante, a esse respeito, define interpretação como “a declaração, a explicação do sentido da lei, ou seja por via de autoridade, ou de doutrina judicial, ou doutrina commum, isto é, opinião dos sabios ou jurisconsultos”¹⁷⁵.

Em seguida, observa que a interpretação por via de autoridade pertence exclusivamente ao Poder Legislativo, em virtude da divisão e dos limites dos poderes públicos. Note-se que a harmonia entre os poderes, apesar de presente no texto constitucional (artigo 9º), tamanha novidade, ainda não chega à prática e à doutrina jurídica do Brasil do Primeiro Império. Leia-se: “Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento, o preceito della”¹⁷⁶.

O entendimento do jurista está no sentido de que a nenhum outro poder é facultado interpretar – ou derivar – a compreensão da lei dada por quem a

¹⁷⁴ *Idem*, p. 69.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Idem*.

criou (o legislador). Admite, no entanto, o juiz e o “executor” (Poder Judicial e Poder Executivo) formar opinião sobre a inteligência da lei, mas não se apropriar de seu conteúdo, pretendendo um grau de infalibilidade na sua hermenêutica. A justificativa de Pimenta Bueno a essa doutrina aqui está:

É evidente que tal interpretação obrigatória substitue uma vontade ou preceito claro, preciso, terminante, á vontade e norma legislativa, que inculcou como duvidosa, desconhecida, incerta, sem força ou não compreendida. Ora desde então é manifesto que a vontade do interprete é quem domina, passa a ser a verdadeira lei, e o acto do legislador, a norma da soberania racional deixa de ter valor algum, serve apenas de pretexto para o predominio de um outro poder. É mais do que fazer a lei, pois que é a faculdade de modificar, alterar, restringir, contrariar, enfim inutilisar a lei existente, e se quizer até burlar do legislador e de sua vontade, tornada impotente e irrisória. Tal pretensão não é só igual, é maior que a de ser legislador; a declaração obrigatoria não só é lei, mas anulla qualquer outra que não seja ella.¹⁷⁷

E nesse condão, para o autor, só terá legitimidade para alterar o sentido da lei o seu próprio fabricante, e jamais outro poder público que não o Legislativo. Toda essa argumentação é seguida, como ilustração, no § 2º da Secção 3ª do Capítulo II do Título Segundo da *Analyse da Constituição do Imperio*, por um esboço histórico acerca do regime absolutista francês, que concentrava na coroa todos os poderes de Estado.

No entanto, essa limitação hermenêutica, como já sugerido, não isenta o Poder Judicial de realizar interpretações no caso concreto. A interpretação por via da doutrina, que possui o seguinte fundamento: “As leis não devem ver

¹⁷⁷ *Idem*, p. 70.

tudo e todas as circunstancias, não podem estabelecer normas positivas para cada um dos casos que tenham de ocorrer, e quando fosse isso possível, a legislação torna-se-hia tal, seria um dedalo de tal sorte immenso que não haveria memória, nem razão, por que elle soubesse caminhar”¹⁷⁸. O que remete às teses e princípios gerais pertinentes à legislação, geradores, na questão concreta, de lacunas e inconvenientes, a serem supridos pelo magistrado ou pelo executor.

Por paradoxal que possa parecer, essas lacunas ou estranhezas, que do princípio ou da generalidade da lei decorrem, igualmente instauram um regime tirânico, pois a ausência de segurança jurídica estaria diretamente ligada à concentração absoluta de poder nas mãos do Legislativo. Assim sendo,

indispensável administrar a justiça e não sendo possível recorrer ao legislador, nem applicar a lei sem reconhecer e qualificar os factos, sem examinar o preceito daquela, sem entendê-la, sem interpreta-la, sem combinar suas palavras com o seu espírito, com outras leis correlativas, deduzir sua força, comprehender suas vistas; tornou-se forçoso dar essa faculdade aos juizes, associa-los de alguma forma ao poder legislativo, e ao mesmo tempo dar-lhes regras para o uso dessa attribuição, como dá a nossa Lei de 18 de Agosto, reduzi-la a detalhe e prohibir-lhes que generalisasse suas decisões por disposição geral.¹⁷⁹

É, portanto, a interpretação judicial (ou por via de doutrina) a faculdade dada ao juiz pela própria lei de examinar e extrair o sentido da lei na sua aplicação ao caso concreto.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 77.

¹⁷⁹ *Idem*.

O quinto título do livro traz as questões do poder moderador, da sucessão do Império e da família imperial. É previsível que seja feita a “defesa” a esse poder de Estado, o que se corrobora pela análise do texto.

Diz Pimenta Bueno que o poder moderador “é a suprema inspecção da nação, é o alto direito que ella tem, e que não póde exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes politicos, que ella creou e confiou a seus mandatarios, são exercidos. É a faculdade que ella possui de fazer com que cada um delles e conserve em sua orbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional”¹⁸⁰.

Exercido diretamente pelo Imperador¹⁸¹ (poder moderador é “sinônimo” de poder imperial), não se subordina a qualquer outro poder de Estado, estando, em verdade, acima deles. Eis o fundamento:

Como o poder moderador é synonymo do poder imperial, com razão a constituição em seguida delle reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante.

Estes attributos são inseparaveis da monarchia, são dogmas politicos consagrados por justo e irrecusável interesse publico. É um principio de ordem e segurança nacional, principio quanto ao poder perfeitamente resguardado pela responsabilidade ministerial, e quanto aos factos individuaes pela fundada crença de que tão alta posição, a magestade e

¹⁸⁰ *Idem*, p. 204.

¹⁸¹ Constituição de 1824, artigo 101: *O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorrogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.*

suas virtudes e illustração jamais terão occasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença.

É por isso mesmo que a lei não institue tribunal algum a respeito, nem pudera estabelecer; nenhum poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar-se de qualquer accusação.¹⁸²

A doutrina de Pimenta Bueno, aliás, esclarece um ponto crucial de entendimento acerca das distinções entre Poder Moderador e Poder Executivo, pois que o Imperador (Poder Moderador por excelência) é o chefe do Poder Executivo! Aduz que o Poder Executivo sem um ministério não se constitui enquanto Poder, logo, devem ser mantidos entendimentos distintos sobre esses dois mecanismos, sob pena de se ter mera “phraseologia”. Os atos ministeriais conduzem a execução governamental, chefiada, sim, pelo Imperador; mas o outro poder por ele exercido se sobrepõe a todos os demais, ocupado, enfim, com “as instituições, os progressos da civilização, as necessidades sociaes, o bem estar geral”¹⁸³.

No tocante ao Poder Judiciário, merece especial consideração a abordagem feita pelo autor a respeito do Supremo Tribunal de Justiça, criado por determinação constitucional em 1828 (artigo 163 da Carta de 1824).

Antes de tudo, o jurista oferece belíssima justificativa aos tribunais de segunda instância, da seguinte maneira:

Para resguardar com mais firmeza o cumprimento da alta missão dos juizes quanto a esses direitos e corrigir os erros, os abusos, a parcialidade ou

¹⁸² *Idem*, p. 206.

¹⁸³ *Idem*, p. 211.

paixões em que pudessem laborar, a sciencia e a lei concordarão em crear, além da primeira instancia, um segundo gráo de jurisdicção, uma segunda instancia, que desprendida das impressões do primeiro julgador, e animada de imparcialidade, posição e illustração superior, de novo examinasse o julgado, e rectificasse seus erros ou vicios, fazendo recta justiça ás partes.¹⁸⁴

Restaria, no entanto, problema que ainda faria permanecer a insegurança jurídica no Brasil, dado o número de tribunais e seus dissonantes entendimentos. Seria necessária a prevenção aos arbítrios dos julgadores de segunda instância, não na mesma medida dos juízes de primeiro grau, mas à harmonização de interpretação legislativa no Império.

Em verdade o acto do juiz, o julgado em ultima instancia já não sujeito a recursos ordinarios, pudera atacar não sómente os interesses ou direitos particulares, e sim tambem a autoridade das leis, rebellar-se contra estas, affrontar os seus preceitos, e assim ameaçar a ordem social, quebrar a fé que deve haver no poder publico e na religiosa observancia do direito.

Occorria alem disso a consideração de que ha uma multidão de tribunaes, cada um dos quaes tem sua intelligencia e vontade distincta, e que ainda mesmo sem intenção de abuso, póde seguir doutrina diversa, tanto mais porque a applicação das leis nem sempre se faz sem duvida e difficuldades, mesmo por causa da concisão de seus preceitos; e uma tal divergencia romperia a unidade da lei, que deve ser igual e a mesma para todos.

Era pois essencial, indispensavel descobrir um meio, crear uma autoridade que tivesse a alta missão não de ser uma terceira instancia, sim de exercer uma elevada vigilancia, uma poderosa inspecção e autoridade, que defendesse a lei em these, que fizesse respeitar o seu imperio, o seu preceito abstracto, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesse das partes, embora pudesse aproveitar ou não a ellas por via de consequencia.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 345.

A sua missão directa e fundamental devia dirigir-se a reconduzir os tribunaes ao sagrado respeito da lei, á pureza e uniformidade de sua applicação, a obedecê-la religiosamente.¹⁸⁵

Eis o Supremo Tribunal de Justiça, o “juiz dos juizes”, o “censor das sentenças”, o defensor da “pureza da lei”.

No título oitavo mais uma demonstração de conhecimento jurídico atrelado à filosofia e à teoria do direito vem à tona pela pena de Pimenta Bueno. Conceitua direito como uma “entidade real, porém moral ou abstracta”. “É a faculdade moral de obrar, faculdade que não deve ser impedida sempre que conservar-se em seus limites moraes, é aquilo que é justo, que é recto, que procede da natureza do homem ou da lei, que sua sociabilidade creou; é emfim o poder do homem em suas relações moraes, é a sua legitima competencia pessoal de fazer, não fazer, ou exigir que outrem faça, ou não faça alguma coisa”¹⁸⁶.

E nessa linha admite três classes para a correta compreensão do direito: os direitos naturais ou individuais (provenientes da natureza ao homem, ente racional e moral, “dadivas do Creador”), os direitos civis (resultantes do reconhecimento formal daqueles direitos individuais) e os direitos políticos (decorrentes de constituições políticas convencionadas).

Em suma, todos possuem os primeiros direitos; os segundos direitos são garantidos aos nacionais; os terceiros direitos são inerentes aos cidadãos ativos, membros de uma comunidade política.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 346.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 389.

O restante da obra, com especial relevância os comentários ao processo legislativo e aos direitos fundamentais, possui caráter extremamente técnico, no rigor científico e na fundamentação teórica que já se percebe inerente a este jurista¹⁸⁷.

Pimenta Bueno encerra seus escritos venerando a Carta, numa demonstração de efetivo comprometimento com o regime imperial, nestes termos:

Graças á Providencia, temos uma constituição que já é uma das mais antigas do mundo, sábia, liberal, protectora. Todo o nosso esforço deve limitar-se a perpetua-la, a fazê-la de cada vez mais respeitada, ainda nos seus menores detalhes, e a deduzir della suas logicas, justas, bellas e creadoras consequencias.

Ella será sempre, como já tem sido, nossa arca de alliança em nossas tempestades e perigos; é, e será a base firme de nosso poder, nossa força crescente, e nossa gloria nacional.¹⁸⁸



A análise da Constituição Outorgada realizada por José Antonio Pimenta Bueno merece especial atenção, além do aprofundamento teórico que receberam os tópicos da hermenêutica constitucional e do Poder Moderador, à questão do legalismo, desde Vasconcelos apontado como elementar no contexto histórico de referência.

¹⁸⁷ Aqui está o rol dos principais pontos da obra, retirados do sumário do livro, suprimidos os capítulos, as seções e os parágrafos: Título I – Da nação, soberania e poderes politicos brasileiros. Título II – Do poder legislativo geral ou nacional. Título III – Do poder legislativo provincial. Título IV – Das eleições. Título V – Do poder moderador, successão do imperio e familia imperial. Título VI – Do poder executivo. Título VII – Do Poder Judicial. Título VIII – Dos direitos dos Brasileiros.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 489.

Os já citados incisos que expressam o princípio da legalidade, localizados no artigo 179 da Constituição Imperial, estiveram com o Marquês de São Vicente no destaque devido, pois que praticamente impõe sinonímia entre liberdade e lei. Veja-se, a respeito, a interpretação acerca da primazia da legalidade, disposta no art. 179, § 1º da Carta Imperial:

A liberdade no estado ou consideração puramente natural do homem é o direito, a faculdade que elle tem de fazer ou não fazer tudo quanto queira sem outro limite que não seja a prohibição da lei natural, ou por outra, tudo quanto não viole seus deveres para com Deos, para com os outros homens, e para comsigo mesmo. No estado social a liberdade é esse mesmo direito, salvas não só essas restricções da lei natural, mas tambem as restricções da lei social.

A liberdade é o proprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o dominio de si proprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua intelligencia e vontade, o meio de prefazer seus destinos.

É o primeiro dos direitos, e salva-guarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança, e a dignidade humana.¹⁸⁹

Em suma, todas as garantias fundamentais estão amparadas na liberdade, que somente pode ser garantida, por sua vez, a partir da estrita legalidade. A lei é o critério de liberdade do homem. Nada mais “moderno”, pois

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 391-392.

em perfeita consonância com o instrumento inaugural da modernidade, a *Declaração de 1789*¹⁹⁰.

Sendo a liberdade regra geral, “principio absoluto”, fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíbe é fazer prevalecer a mais alta garantia que pode uma Carta Magna consolidar. E na esteira dessa garantia está a lei positiva como elemento norteador. Daí o legalismo de Pimenta Bueno, que reforça doutrinariamente – em outra seara – os atos legislativos de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

3.3. Paulino José Soares de Sousa

“On parle beaucoup de la centralisation, de l'unité administrative, elle a rendu d'immenses services à la France. Nous garderons beaucoup de ses formes de ses règles de ses maximes, de ses devoirs; mais le temps de sa souveraineté est passé. Elle ne suffit plus aujourd'hui aux besoins dominants, aux périls présents de notre société”.

Guizot, *De la Démocratie en France*
(Citado por Paulino José Soares de Sousa
no *Ensaio sobre o direito administrativo*)

Sua mãe gostaria que se chamasse Paulin Joseph aquele que nasceu em Paris, aos 4 de outubro de 1807. De pai brasileiro, médico do exército

¹⁹⁰ Leia-se o seguinte trecho elucidativo: “Sem dúvida a lei, e só o preceito claro da lei, é quem pôde ter o direito de restringir a liberdade, e não o arbitrio ou vontade de alguém, que deve ser impotente desde que o principio do governo não é o da escravidão, sim o dos direitos do homem.”. *Idem*, p. 393.

napoleônico, viveu sua infância no contexto da revolução francesa. O futuro Visconde do Uruguai estudou Direito na Universidade de Coimbra, lá ingressando em 1823; transferiu-se à Faculdade de Direito de São Paulo em 1830, onde logo se bacharelou. Com forte influência republicana, filiou-se ao grupo liberal moderado, a partir de relações pessoais estabelecidas com Diogo Antônio Feijó, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, Honório Hermeto Carneiro Leão, Joaquim José Rodrigues Torres, Evaristo Ferreira da Veiga e Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Juiz na Corte desde 1832 por indicação do então Ministro da Justiça da Regência, seu ex-colega de Coimbra Honório Hermeto, foi convidado pela Regência, em 1835, para assumir a pasta da Justiça, cargo por ele recusado ao não se achar em condições para exercer tão importante ofício (tinha então 27 anos de idade). Não obstante, Evaristo da Veiga providenciou o nome de Paulino à eleição da primeira legislatura da Assembléia Provincial do Rio de Janeiro. Em seguida (1836), Feijó nomeou Paulino Presidente da Província do Rio de Janeiro, cargo esse por ele ocupado até 1840, quando assumiu – aí sim – o Ministério da Justiça.

Segundo José Murilo de Carvalho, “quase todos os políticos da Regência iniciaram muito cedo suas carreiras e progrediram rapidamente. Era o momento de substituição da velha guarda ligada a Pedro I pelos novos bacharéis, alguns já saídos de Olinda e São Paulo”¹⁹¹.

¹⁹¹ CARVALHO, José Murilo de. *Entre a autoridade e a liberdade*. In: SOUSA, Paulino José Soares de. Paulino José Soares de Sousa. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002, p. 16.

Nesse ambiente, formavam-se os partidos Liberal e Conservador, optando Paulino José Soares de Sousa a permanecer com os seus amigos no conservadorismo, sustentados por senhores de engenho e fazendeiros do café.

Foi Ministro dos Negócios Estrangeiros nos períodos 1843-1844 e 1849-1853, Senador do Império pelo Partido Conservador em 1849 e Conselheiro de Estado em 1853. A partir desse último cargo, recebeu, em 1854, “por graça imperial”, o título de Visconde de Uruguai.

Os primeiros relatórios ministeriais (enquanto Ministro da Justiça, em 1841 e 1843) foram homogêneos ao diagnosticar – e delatar – os movimentos de rebeldia à “ordem”, assim como a impunidade, que “minavam os órgãos vitais da sociedade”¹⁹², além de denunciar o deplorável estado da administração da justiça.

Nada he mais funesto e desmoralizador para hum Paiz do que hum Poder fraco. Habituaõ-se as facções á posse ou partilha desse Poder, e quando, cobradas algumas forças, procura exercer sobre ellas acção, desarmal-as, ou reprimil-as, encontra aberta e formal resistência.

Entre nós o Poder ainda não foi organizado devidamente, e de modo que offereça sufficientes garantias á Ordem publica, e á bem entendida liberdade. Herdamos da Mãe Patria huma Legislação que não estava em harmonia com as instituições representativas, era mister crear tudo, e nessa tarefa fomos guiados pelas ideias de hum optimismo exaggerado, e pela inexperiência.

Aconselhados por huma decepção dolorosa era preciso abandonar a marcha que tinhamos seguido, e que muito contribuiara para anarchizar o Paiz, e chamar sobre elle as commoções, as desordens e a impunidade que ha mais de dez annos o flagellão. Era urgente rever as nossas Leis

¹⁹² *Idem*, p. 20.

regulamentares, emendal-as segundo os conselhos da experiencia, e armar o Poder com os meios indispensaveis para emancipar-se da tutela das facções, e das desencontradas exigencias das influencias das localidades. Era preciso adoptar huma política larga que fazendo calar as vozes mesquinhas de influencias locaes, e de interesses particulares, dêsse lugar a que somente pudesse ser ouvida a da Razão Nacional, unica e verdadeira indicadora do pensamento e necessidades publicas.¹⁹³

Sua viagem diplomática à França e Inglaterra, em 1855, para tratar de assuntos fronteiriços entre o Oiapoque e a Guiana Francesa, modificou-lhe o espírito. Retornou mais introspectivo, mais intelectualizado. Passa a se interessar mais pela doutrina jurídica e política comparada, adquirindo e estudando livros franceses e ingleses para melhor fundamentação de sua obra maior, o *Ensaio sobre o direito administrativo*.

No campo do direito, iniciou, como dito, carreira na magistratura em 1832, como Juiz de Fora na cidade de São Paulo, alçando o cargo de Ouvidor da Comarca e Juiz de Relação da Corte (1852), aposentando-se, em 1857, como Ministro do Supremo Tribunal de Justiça.

3.3.1. Obra

A produção de Paulino José Soares de Sousa é mais vinculada ao papéis governamentais e ministeriais¹⁹⁴, havendo pouca – mas importante – produção

¹⁹³ SOUSA, Paulino José Soares de. *Relatorio da Repartição dos Negocios da Justiça apresentado á Assembleia Geral Legislativa na 1ª Sessão da 5ª Legislatura, pelo respectivo Ministro e Secretario d'Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1843, p. 3.

¹⁹⁴ *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José Soares de Sousa, 18 de outubro de 1836, 1836. Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José Soares de Sousa, 3 de*

formal doutrinária: o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, e os *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, de 1865.

3.3.2. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*

“Revisão ou não, e apesar do título desencorajador, o livro é a melhor tentativa, feita na época, de pensar a vida política do Brasil imperial a partir do campo conservador. Nele é discutida a relação entre política e administração, entre Estado e sociedade, entre autoridade e liberdade, temas ainda centrais no debate político de hoje”¹⁹⁵.

O *Ensaio* de Uruguai resgata conceitos disponibilizados por Pimenta Bueno, especialmente no que tange ao papel da lei como garantidora das liberdades, demonstrando de plano o viés liberal (e moderno) da obra.

março de 1838, 1838. *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Sousa, na abertura da 2ª sessão da 2ª legislatura da Assembléia Provincial acompanhado do orçamento da receita e despesa para o ano de 1839 a 1840, s.d.* (Encontra-se disponível apenas a segunda edição, de 1851, publicada em Niterói pela Typographia de Amaral & Irmão). *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Sousa, na abertura da 1ª sessão da 3ª legislatura da Assembléia Provincial acompanhado do orçamento da receita e despesa para o ano de 1840 a 1841, s.d.* (Encontra-se disponível apenas a segunda edição, de 1851, publicada em Niterói pela Typographia de Amaral & Irmão). *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça apresentado à Assembléia Geral Legislativa na sessão ordinária de 1841, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1841. Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 5ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1843. Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1850. Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 2ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1850. Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 3ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1851. Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 4ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1851. Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 9ª legislatura pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa, 1853.*

¹⁹⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Entre a autoridade e a liberdade*, Op. Cit., p. 11.

O autor realiza, antes do texto, uma profunda justificativa, deixando claro que suas impressões, a partir das viagens diplomáticas pela Europa, muito contribuíram para com um repensamento sobre a administração pública no Brasil¹⁹⁶. Coligindo anotações, depoimentos, legislação esparsa, determinações executivas das Províncias e do Paço, literatura estrangeira¹⁹⁷, materiais enfim recortados e de longa data, o Visconde do Uruguai escreve este que será considerado o maior tratado de direito administrativo do Império.

Abre o primeiro capítulo do *Ensaio* a discussão, já presente em Pimenta Bueno, acerca do direito natural e positivo. Tem que o direito natural, “o qual constitui o que se chama filosofia do direito, é a coleção das regras que a razão revela a todos os homens, e que são consideradas como gravadas no nosso ser pela mão de Deus”. Já no que diz ao direito positivo, “é o instituído pelos legisladores humanos”¹⁹⁸.

Na tabela dos ramos do direito, o autor insere o direito administrativo como subdivisão do direito público interno ou constitucional. Avaliando as definições belgas, francesas, espanholas e portuguesas, num verdadeiro esforço de direito comparado, chega à adoção do conceito proferido por Laferrière, a qual lhe parece “mais compreensiva e satisfatória”, e que assim se apresenta: “o direito

¹⁹⁶ “O que tive ocasião de observar e estudar produziu uma grande revolução nas minhas idéias e modo de encarar as coisas. E se quando parti ia cansado e aborrecido das nossas lutas políticas pessoais, pouco confiando nos resultados da política que acabava de ser inaugurada, regressei ainda mais firmemente resolvido a buscar exclusivamente no estudo do gabinete aquela ocupação do espírito, sem a qual não podem viver os que se habituaram a trazê-lo ocupado”. Em SOUSA, Paulino José Soares de. *Paulino José Soares de Sousa. [Ensaio sobre o direito administrativo]*. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002, pp. 67-68.

¹⁹⁷ “Reuni e estudei, senão todos, quase todos os escritores que escreveram sobre o direito administrativo da França, que é o mais completo e desenvolvido”. *Idem*, p. 69. Aliás, suas principais referências, além da vastíssima – e estrangeira – bibliografia consultada pelo autor, são estas: Macarel, Proudhon, Foucart, Boulatignier, Solon, Laferrière, Serrigny, Chauveau, Dufour, Cabantous, Trolley e Vivien.

¹⁹⁸ *Idem*, pp. 79-80.

administrativo (...) é a ciência da ação e da competência do poder Executivo, das administrações gerais e locais e dos conselhos administrativos, em suas relações com os interesses ou direitos dos administrados ou com o *interesse geral* do Estado”¹⁹⁹.

E a finalidade da matéria desemboca na inovadora tese da satisfação das necessidades públicas, dessa forma:

Há em todas as sociedades um número de necessidades comuns, maior ou menor segundo o seu desenvolvimento e civilização, as quais o poder público deve satisfazer. É o fim da administração pública prover a essas necessidades coletivas e dirigir os interesses sociais, quer gerais, quer locais.

A ciência administrativa é a ciência dessas necessidades e interesses, e do modo de os satisfazer convenientemente.

Chama-se administração o complexo dos agentes de ordens diferentes, hierárquico ou não, nomeados pelo governo ou de eleição popular, espalhados por todo o território nacional, aos quais incumbe cuidar daquelas necessidades, direitos e interesses que não pertencem à ordem política ou ao direito civil, e que não são da competência do poder Judicial.²⁰⁰

Não se pode confundir, no entanto, a ciência da administração pública com o direito administrativo: este, derivado daquela, é mais positivo e prático, mais circunscrito. É nesse ponto que surge importante capítulo esclarecedor das diferenças entre governo e administração. O Poder Executivo (poder político) dá as diretrizes para atuação da administração pública. A

¹⁹⁹ *Idem*, p. 84.

²⁰⁰ *Idem*, p. 86.

administração é “a ação vital do poder político e o seu indispensável complemento. O poder político é a cabeça, a administração o braço. O poder político serve-se da administração para fazer prevalecer o seu sistema, e dar aos serviços públicos um impulso em harmonia com suas vistas”²⁰¹.

Após alertar para as distinções entre o direito administrativo e o direito privado, objetivamente trata de aportar as suas fontes, quais sejam:

A antiga legislação portuguesa, até a nossa Independência, que se encontra nas Ordenações, Leis Extravagantes e mais disposições legislativas, compatível com a nossa organização política, e que não tem sido revogada ou alterada por leis posteriores e regulamentos, na parte regulamentar.

A nossa Constituição.

As disposições sobre assuntos administrativos espalhadas nas leis do Império.

Os decretos, regulamentos e decisões do governo sobre a mesma matéria.

As resoluções imperiais tomadas sobre consulta do Conselho de Estado ou de suas seções.²⁰²

A partir desse conjunto de fulcros, a atividade central da administração, ferramentada pelo direito administrativo, e a cargo do Poder Executivo, é exercida diretamente por órgãos e agentes “responsáveis e amovíveis”, desde que inquestionavelmente hierarquizados a partir de um poder central (governamental). Isso vem indicar duas abordagens primordiais no entendimento da administração pública do Império: o Conselho de Estado e o poder Moderador.

²⁰¹ *Idem*, p. 91.

²⁰² *Idem*, p. 108.

O detalhado estudo acerca do Conselho de Estado conceitua-o, primeiramente, como “uma corporação composta de homens eminentes colocados junto ao Governo, para o aconselhar, e cujas atribuições têm variado segundo os tempos, e as circunstâncias políticas”²⁰³.

A profunda investigação sobre os Conselhos de Estado na Inglaterra, na França, na Espanha e em Portugal corroboram a tese de que no Brasil o cercamento de uma corporação que possa ajudar na governança é realmente eficaz. O primeiro Conselho (Conselho de Procuradores Gerais das Províncias), instituído pelo Decreto de 16 de fevereiro de 1822, havia como atribuições, perante o ainda Príncipe Regente, o seguinte:

1º. Aconselhar-me tôdas as vezes, que por mim lhe fôr mandado em todos os negócios mais importantes e difíceis. 2º. Examinar os grandes projetos de reformas que se devam fazer na administração geral e particular do Estado, que lhe forem comunicados. 3º. Propor-me as medidas que lhe parecerem mais urgentes e vantajosas ao bem do Reino Unido, e à prosperidade do Brasil. 4º. Advogar e zelar cada um dos seus membros pelas atitudes de sua Província respectiva.²⁰⁴

O que representa uma continuidade pelo desiderato do Conselho de Estado firmado na Carta Constitucional, cujo artigo 142 assim aduzia: “Os Conselheiros de Estado serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas gerais da pública administração; principalmente sobre a declaração de guerra, e ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as

²⁰³ SOUSA, Paulino José Soares de. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. [reimpressão fac-similar da edição de 1960], p. 134.

²⁰⁴ *Idem*, p. 150.

ocasiões em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador (...)"

Não deixa assim de representar um paradoxo, porquanto somente ao Governo competia ajuizar sobre a gravidade das medidas sobre as quais seria o Conselho de Estado ouvido, o que reforça definitivamente o "poder" Moderador.

A crítica de Paulino José Soares de Sousa à formação desse Conselho é contundente, e assim está disposta:

Posto que fôsse uma corporação meramente consultiva e sem jurisdição própria, não era todavia um auxiliar administrativo perfeito e completo, um Conselho de Estado semelhante ao da França, de Portugal e da Espanha, e ao nosso de hoje. Não era dividido em seções. Não trabalhava com os Ministros. Era uma criação tão especial, tão original, como a do Poder Moderador, suscitada pela idéia dêste.

Daqui, para diante, tirarei argumento para reforçar a opinião que hei de sustentar, que o Poder Moderador, não pode ser resguardado pela responsabilidade dos Ministros do Executivo. A Constituição deu-lhe um antemural próprio, o Conselho de Estado que criou, do qual excluiu os Ministros, e o qual, como que arredando a responsabilidade dêstes, solenemente declarou responsável.

Este Conselho de Estado tinha senões consideráveis. Era ao mesmo tempo político e administrativo, mas preponderava nêle em demasia a côr política. Como corpo político era manco, porque era sòmente ouvido em negócios graves e medidas gerais, de modo que ou se havia de criar outro Conselho para as medidas não graves ou gerais, que avultam, ou ficaria a administração privada de auxílio para desbastar a massa enorme de negócios administrativos, de negócios secundários, mas também importantes, que sôbre ela pesa, e que se liga mais ou menos com os graves e gerais, sendo mui difícil discriminar bem, nos casos supervenientes, o que é grave e geral do que o não é.

Esse Conselho de Estado nunca foi desenvolvido por uma lei regulamentar, nem por meio de regulamentos, na parte administrativa. Nunca funcionou como tribunal administrativo. Nem para ele havia recursos marcados.

Compunha-se do limitado número de 10 membros vitalícios. As circunstâncias do país, as conveniências da política, o espírito público, podiam mudar, e não mudarem os Conselheiros. Podiam emperrar em certas idéias que não conviessem mais. Podiam tornar-se impopulares. Podia-se errar em algumas nomeações. Uma vez feitas não havia remédio. Não tinha essa instituição aquela flexibilidade que é indispensável para que se pudesse acomodar ao irresistível império das circunstâncias e às mudanças, e novas exigências do espírito público.²⁰⁵

Paulino José Soares de Sousa cita Bernardo Pereira de Vasconcelos quanto aos debates parlamentares de 1841 que encaminharam pela constitucionalidade do Conselho de Estado, apesar de tudo.

Em verdade, fica explícito o receio de fortalecimento dos partidos que estivessem no poder e que pudessem encampar o Conselho, dado o acúmulo de funções políticas e administrativas às pessoas envolvidas na instituição.

Aqui vem a crítica mais contundente do jurista, pautada no direito comparado, que sugere a criação de dois Conselhos, assim:

Eu teria criado um Conselho Privado e um Conselho de Estado. O Conselho Privado para aconselhar o Imperador no exercício das funções do Poder Moderador, e o Poder Executivo no exercício das atribuições de dirigir as negociações políticas com as nações estrangeiras, de fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, e de subsídio, de declarar a guerra e fazer a paz.

²⁰⁵ *Idem*, pp. 152-153.

O Conselho de Estado auxiliaria o Poder Executivo no exercício de tôdas as outras atribuições políticas, e em tôdas as administrativas.

Digo em tôdas as outras atribuições políticas, porque algumas se prendem por tal modo com o administrativo, que não é possível instituir uma separação completa e minuciosa.

As atribuições do Poder Moderador, e as do Executivo que dizem respeito a relações com o exterior, à paz e à guerra, têm um caráter político tão pronunciado, tão extremado, prendem a considerações tão vastas, que muito bem podem formar um grupo separado, muito mais desligado do que é puramente administrativo.²⁰⁶

Quanto ao Poder Moderador, Paulino José Soares de Sousa captura todo o entendimento de Pimenta Bueno a respeito. Transcreve licenciosamente, aliás, parte do já analisado *Direito Publico Brasileiro...*, no entendimento do art. 98 da Constituição: “O Poder Moderador é a chave de tôda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sôbre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

E apesar de todas as críticas internas, não admite o autor ser possível um Estado forte sem o Poder Moderador; o que coube na crítica ferrenha de 1832, quando da discussão acerca do encerramento deste poder, na mesma “cosmogonia” de Rabelais ou Menocchio: mera passagem de atribuições deste Poder ao Poder Executivo. Pois “uma Constituição que não encerrasse em si atribuições moderadoras seria uma máquina incapaz de funcionar algum tempo sem estalar e desorganizar-se”²⁰⁷.

²⁰⁶ *Idem*, pp. 182-183.

²⁰⁷ *Idem*, p. 259.

E finaliza destacando a fixação do poder propriamente dito:

Pela natureza e fins dos atos que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no Chefe Supremo do Estado que é permanente, desapaixonado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, até mesmo porque é inviolável (...).

Não pode, sem graves inconvenientes e sem perder a qualidade de neutro e moderador, residir o poder que assim se denomina no Executivo, ou depender dos Ministros, os quais ordinariamente são chefes ou homens de partidos, ou dependentes destes. São muito mais suspeitos, muito mais apaixonados, muito mais dependentes nos atos necessários para restabelecer um equilíbrio, e uma harmonia, que muitas vezes eles próprios destruíram, do que o Chefe Supremo do Estado, o qual sempre permanece tal, qualquer que seja o partido dominante, qualquer que seja o Ministério, e que tem de preservar o Trono para a sua descendência, e com ele a forma Monárquico-Representativa.²⁰⁸

É assim que a rigorosa obra de Paulino José Soares de Sousa contribui para com a manutenção do sistema predominante, pautado na centralização e no conservadorismo.



Os grandes temas desenvolvidos pelo Visconde de Uruguai estão postos na questão do centralismo e da soberania.

Está claro que, no seu particular conservadorismo, o Poder Moderador centraliza e realiza o escopo final do Estado. A administração pública,

²⁰⁸ *Idem*, pp. 260-261.

para o autor realizado a cargo do Poder Executivo (ou “poder administrativo”), tem o condão de aplicar a lei administrativa (e outras a ela relacionadas, no seu desiderato), acarretando na consagração do princípio da supremacia do interesse público, o que mais uma vez pode ser entoadado a partir do texto da *Declaração francesa*²⁰⁹.

A legalidade retorna, dessa forma, à tela da modernidade jurídica brasileira, complementando ainda a noção de cidadania e soberania: para Uruguai, a centralização representa o poder central e soberano, “o mais poderoso instrumento da civilização”, na concordância com Bechard²¹⁰.

E, corroborando as idéias de Vasconcelos e de Pimenta Bueno, encerra Paulino José a esse respeito:

Terminada a reação contra o feudalismo, morto este, conquistadas pela realeza a unidade e a centralização do poder, alguns pouco aplicáveis exemplos da antiguidade e de algumas nações modernas, o movimento progressivo do espírito humano, a Revolução Francesa, trouxeram a reação contra a excessiva unidade e concentração do poder real, isto é, contra o poder absoluto. A divisão dos poderes foi uma das maiores conquistas em prol da liberdade. Bons e livres engenhos começaram a combinar os meios de conseguir, conservada aquela soma de unidade e centralização, que é indispensável nas monarquias e geralmente em qualquer forma estável de governo, garantias suficientes contra as demasias e desmandos daquele

²⁰⁹ Além do já referenciado artigo 4º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, há que se notar os artigos 12 (“A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”) e 13 (“Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”), além do artigo 17: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

²¹⁰ *Idem*, p. 428.

poder, por meio de combinações mais ou menos engenhosas, mais ou menos acertadas, mais ou menos práticas e aplicáveis.

O Brasil não tomou parte naquelas lutas. Tivemos a fortuna de vir depois, e de aproveitar, na Constituição que nos rege, o fruto de tantas lutas, de tantas dores e de tanta experiência.²¹¹

Em suma, somente na centralização, herdada do espírito revolucionário, e que consiste na “unidade da nação”, ou na “unidade do poder”, conseguirá o Estado se estabelecer com êxito²¹².

3.4. Tobias Barreto de Meneses

“O direito é um regulador, não do pensamento, porém das ações. Não se lhe deve, portanto, aplicar a medida teórica do verdadeiro, mas a medida prática do conveniente.”

Tobias Barreto

Tobias Barreto de Meneses, filho do escrivão de órfãos e ausentes Pedro Barreto de Meneses, família humilde portanto, nasceu em Campos, uma pequena vila no Estado do Sergipe, aos 7 de junho de 1839.

Após rápida incursão na Bahia, quando ainda jovem, no intento frustrado de seminário, vai a Pernambuco (em 1862), sobrevivendo de aulas particulares em matérias diversas. Inexitoso o concurso para professor de latim no

²¹¹ *Idem*, pp. 428-429.

²¹² Paulino José se refere aqui à máxima (invertida) de Mirabeau, quando aduz: “chacun savait alors ce qu’il falait renverser, ne savait ce qu’il falait établir”.

Ginásio Pernambucano, apesar de haver estudado a matéria desde pequeno com o bispo de Goiás, o Padre Domingos Quirino de Souza.

Mais um concurso lhe é refutado: a cadeira de filosofia, no mesmo Ginásio (1867). Seu forte, em verdade, era a oratória, além de uma inclinação, desde já, para estudos germânicos, em especial a filosofia. Ingressa no curso de Direito da Faculdade do Recife, a partir do qual, em 1869, e já casado, passa a exercer a advocacia no interior de Pernambuco (Escada). Tenta a carreira política, sem, no entanto, maiores progressos, tendo sido deputado provincial por Pernambuco na legislatura de 1879-1880. Eis que retorna ao Recife apenas quando do concurso para professor na Faculdade de Direito (1882), onde obtém esmagadora vitória em célebre disputa pública, lecionando nessa prestigiada instituição até o final de sua vida, e contribuindo para com verdadeira revolução no ensino jurídico brasileiro.

Faleceu em 1889, às vésperas da República, muito pobre, mas academicamente prestigiado pelas mais avançadas idéias da época e pelo incentivo intelectual de uma geração de futuros e consagrados juristas, dentre eles Sílvio Romero e Clóvis Bevilacqua.

Desmascarando alguns mitos, Evaristo de Moraes Filho ataca a pecha revolucionária de Tobias Barreto, admitindo, no entanto, ser o mestre sergipano, ao menos, um rebelde academicamente comprometido com a formação crítica de seus estudantes:

Ao contrário do que pensam alguns dos seus biógrafos, Tobias Barreto não foi além de pequenas rebeldias individuais, de protestos, de críticas à

sociedade do seu tempo, mas, nunca, a ponto de negá-la como um todo, transformando-a estruturalmente, de cima a baixo. Rebelde, sim; mas, revolucionário, nunca. Apesar do muito que escreveu em prol de idéias novas, de progressos científicos, de novidades filosóficas e culturais, Tobias era um homem da ordem, da disciplina, sempre contra a desordem e a agitação. Criticava as instituições sociais como parte delas, de dentro para fora, sem pretender derrocá-las ou substituí-las por outras que lhes fossem diametralmente opostas. Talvez que para isso houvessem contribuído vários fatores: as suas origens familiares, filho de pai conservador, morigerado, escrivão da localidade em que nasceu; a sua formação religiosa e clássica, da qual nunca se libertou, mantendo sempre uma certa crença e confessados sentimentos místicos; a influência que sobre ele exerceu Augusto Comte e sua escola, partidária da ordem e da não-violência, a favor de uma mudança consentida; finalmente, as suas leituras germânicas, que o levaram a uma forte admiração, verdadeiramente fanática, de tudo que vinha da Alemanha, inclusive, muitas vezes, das idéias políticas lá dominantes e do seu próprio prussiano.²¹³

3.4.1. *Obra*

Durante sua vida, Tobias Barreto publicou pouco, comparativamente ao que produziu: em 1875, os *Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica*, com uma segunda edição em 1889; em 1881, uma coletânea de poesias, *Dias e Noites*; em 1882, os *Estudos Alemães*; em 1884, os *Menores e Loucos*, com segunda edição em 1886; em 1887, *Discursos*; e em 1888, *Questões Vigentes de Filosofia e Direito*.

O Instituto Nacional do Livro editou as Obras Completas de Tobias Barreto, numa empreitada coordenada por Paulo Mercadante e Antonio Paim. O

²¹³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à Utopia. O pensamento social de Tobias Barreto e Sílvia Romero*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 177.

plano original, de 1962, sofreu alterações até a versão final, que ganhou uma organização temática, e não cronológica.

Eis a forma da reedição:

- *Obras Completas de Tobias Barreto*
- Volume I – *Introdução geral – Tobias Barreto* (a época e o homem) por Hermes Lima. Em Apêndice: “A reorganização da obra completa de Tobias Barreto: motivos e critérios” – por Paulo Mercadante e Antonio Paim; Rio de Janeiro, INL, 1963, 235 p.
- Volume II – *Estudos de filosofia* (Tomo I), Rio de Janeiro, INL, 1966, 240 p.
- Volume III – *Estudos de filosofia* (Tomo II). Em Apêndice: “Importância e limitações da obra filosófica de Tobias Barreto” – por Antonio Paim; Rio de Janeiro, INL, 1966, 207 p.
- Volume IV – *Crítica político-social*
- Volume V – *Estudos de direito* (Tomo I). Como Introdução: “O significado do culturalismo de Tobias Barreto” – por Miguel Reale.
- Volume VI – *Estudos de direito* (Tomo II)
- Volume VII – *Crítica de religião*. Como Introdução: “Tobias Barreto: seu ponto de vista religioso” – por Artur Orlando
- Volume VIII – *Estudos alemães*. Como Introdução: “O germanismo de Tobias Barreto” – por Paulo Mercadante
- Volume IX – *Monografias em alemão*
- Volume X – *Crítica literária*
- Volume XI – *Dias e noites* (poesias)

- Volume XII – *Depoimentos*

Merecerá especial destaque os *Estudos Alemães*, maior diferencial do jurista nesse tempo em que o germanismo recém ingressava no Brasil.

3.4.2. *A Faculdade de Direito do Recife*

A Faculdade de Direito de Recife, juntamente com a de São Paulo, representava extrema importância ao Império, antes de tudo, pela conotação que justificou sua própria instalação: uma continuidade no projeto político de independência, agora no campo ideológico e intelectual. Não se pode afastar, na esteira de José Murilo de Carvalho, Sérgio Buarque de Holanda, Carlos Guilherme Mota e Raymundo Faoro, o nítido papel de “fornecimento” de bacharéis aos quadros do estamento burocrático, as searas políticas, jurídicas e administrativas da nação em construção. Estas Faculdades preparavam, é certo, boa parte da elite dirigente do Império, e suas portas se achavam abertas tanto às elites quanto ao povo.

Muitos moços humildes almejavam o título de bacharel, e para isso ingressavam nas Faculdades, a exemplo de Tobias Barreto de Meneses, estudante da Faculdade de Direito do Recife a partir de seus 25 anos de idade, entre 1865 e 1869.

Já são notórias as descrições e euforia acerca do concurso para professor substituto da Faculdade de Direito do Recife, ocorrido em 1882, ao qual

Tobias Barreto se submeteu, juntamente com Freitas, seu oponente. O mais conhecido comentário foi registrado por Graça Aranha:

(...) Abrira-se o concurso para professor substituto da Faculdade. Foi o concurso de Tobias Barreto. Eu já havia iniciado os meus estudos na Academia. Era superior ao meu preparo, e professado sem clareza, sem o fluido da comunicação. José Higino, o pesado mestre spenceriano, nos enjoava e nós não o entendíamos. A outra matéria era o direito romano, mais compreensível; porém, que professor calamitoso era o velho e ridículo Pinto Júnior! O concurso abriu-se com um clarão para os nossos espíritos. A eletricidade da esperança nos inflamava. Esperávamos, inconscientes, a coisa nova e redentora. Eu saía do martírio, da opressão para a luz, para a vida, para a alegria. Era dos primeiros a chegar ao vasto salão da Faculdade e tomava posição junto à grade, que separava a Congregação da multidão dos estudantes. Imediatamente Tobias Barreto se tornou o nosso favorito. Para estimular essa predileção havia o apoio dos estudantes baianos ao candidato Freitas, baiano e cunhado do lente Seabra. Tobias, mulato desengonçado, entrava sob o delírio das ovações. Era para ele toda a admiração da assistência, mesmo a da emperrada Congregação. O mulato feio, desgracioso, transformava-se, na argüição e nos debates do concurso. Os seus olhos flamejavam, da sua boca escancarada, roxa, móvel, saía uma voz maravilhosa, de múltiplos timbres, a sua gesticulação transbordante, porém sempre expressiva e completando o pensamento. O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber como ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos. Esses debates incomparáveis eram pontuados pelas contínuas ovações que fazíamos ao grande revelador. Nada continha o nosso entusiasmo. A Congregação, humilhada em seu espírito reacionário, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa. Prosseguíamos impávidos, certos de que, conduzidos por Tobias Barreto, estávamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na teologia, no direito natural, em todos os abismos do

conservantismo. Para mim, era tudo isto delírio. Era a alucinação de um estado inverossímil que eu desejava, adivinhava, mas cuja realização me parecia sobrenatural. Tobias Barreto fez a sua prova de preleção oral. O orador atingiu a minha sensibilidade ao auge da eloquência. Quando terminou, recebeu a mais grandiosa manifestação dos estudantes, a cujo entusiasmo aderiram os lentes unânimes.²¹⁴

Aprovado, Tobias Barreto provocou uma “rebelião” intelectual no ambiente acadêmico recifense. Dizia-se que era capaz de provocar uma “transformação mental” nos estudantes daquela Academia.

O acesso à Faculdade, tal qual a Universidade de Coimbra, ainda modelo, era precedido de prévio curso de línguas, matemáticas, ciências e filosofia. “Assim, em que pese a presença, no corpo docente, de homens como José Higino e João Vieira, que na opinião de Clóvis Bevilacqua, “prepararam os espíritos para receber a transformação mental que Tobias Barreto havia de operar”, o ambiente era opressivo e conseqüentemente propício aos choques e à efervescência”²¹⁵.

E Tobias Barreto se tornou o lente “preferido” de toda uma geração latente por rebeldia e, quiçá, revolução.

²¹⁴ ARANHA, Graça. *O meu próprio romance*. Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1931, pp. 147-150. Citado por MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo, Editora da USP, 1972, PP. 66-67. E por VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil)*. São Paulo: Perspectiva, 1982, pp. 99-100. E por CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969, p. 47.

²¹⁵ MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo, Editora da USP, 1972, p. 65.

3.4.3. O pensamento e o germanismo de Tobias Barreto

O princípio de todo o pensamento de Tobias Barreto se dá pelo humanismo por ele cultivado, aliado a um espírito rebelde que pretende “mudar”, “transformar” (ele teria lido Marx no original): “sem uma transformação de dentro para fora, sem a substituição da selvageria do homem natural pela nobreza do homem social, não há propriamente cultura”.

Eis um esboço que Tobias Barreto entende por cultura:

O estado originário das cousas, o estado em que elas se acham depois do seu nascimento, enquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com a sua inteligência e a sua vontade, não influi sobre elas, e não as modifica, – esse estado se designa pelo nome geral de Natureza”. Quando, porém, o que é “natural” se afeiçoa de acordo com fins humanos; quando “o homem inteligente e ativo põe a mão em um objeto para adaptá-lo a uma idéia superior”, (sic) surge a Cultura. A cultura, portanto, é “a antítese da natureza, no tanto quanto ela importa uma mudança no natural, no intuito de fazê-lo belo e bom.”²¹⁶

E nessa linha é possível chegar a uma percepção de direito como um fenômeno histórico e um produto cultural. Como dizia Tobias Barreto, “um meio de abolir o estado de natureza”.

Se Savigny introduz Kant ao campo jurídico, Tobias Barreto o traz ao pensamento jurídico brasileiro, além de trazer, também, o pensamento de Rudolf von Jhering para o Brasil.

²¹⁶ BARRETO, Tobias. *Questões vigentes de filosofia e direito*. Em *Obras Completas*, v. IX. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 149.

Esse “germanismo” de Tobias Barreto tem sido discutido, pois já se sabe que, em verdade, jamais viajou à Alemanha. Aliás, nunca deixou, nem por um momento, o nordeste brasileiro. Logo após formar-se na Faculdade de Direito do Recife, adquiriu uma gramática e um dicionário alemão, e estudou a língua sozinho. Mandava buscar livros da Alemanha através dos serviços do livreiro Laillacard, estabelecido no Recife. E assim, autodidata, dominou a língua germânica, sua *kultur* e sua *philosophie*.

Mario G. Losano, aguçado por uma provocação de Miguel Reale em 1973, inventariou os livros presentes na biblioteca pessoal de Tobias Barreto – adquirida integralmente pela Faculdade de Direito do Recife em 1889 – e chegou ao surpreendente resultado de 437 títulos, dos quais, 142 em alemão. O inventário, na íntegra, e a sua respectiva análise foram publicados nos *Quaderni fiorentini*.²¹⁷

Quando casado, foi por muito tempo residir em Escada, uma pequena localidade distante do centro regional, e pelos seus conhecimentos de alemão, chegou a participar da comitiva do príncipe Heinrich, que se encontrava de passagem por Recife. Apresentou Evaristo de Moraes Filho que, em polêmica com o Visconde de Taunay, vangloriava-se Tobias Barreto de, a partir de Escada, e nunca havendo saído do Brasil, “conhecer não menos de quatro dicionários alemães, tipo *Conversation Lexikon*. E nessa mesma polêmica: ‘Resido em Escada; nada importa. Seja para S. Sa. como se eu residisse em Berlim’”²¹⁸.

²¹⁷ LOSANO, Mario G. *La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife*. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 21. Milano: Giuffrè, 1992. Mario Losano também publicou *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, texto esse que vem reforçar o escopo da presente tese, no sentido da busca por uma cultura jurídica brasileira.

²¹⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. Cit.*, p. 118.

Outro mito desvendado diz respeito ao ineditismo desse germanismo cultivado por Tobias Barreto: na verdade, em todo o mundo os pensadores se deixaram influenciar pela cultura germânica. Por toda a parte houve uma ânsia de ciência, de literatura e de “cultura” alemãs. Até porque na segunda metade do século XIX a *kultur* germânica se consolida definitivamente, o turbilhão latente dos burgos medievais finalmente desemboca, desabrocha num contexto “cultural” impressionante, e faz, de uma vez por todas, o Estado Nacional Alemão. E no Brasil a fórmula se repetiu. Alguém – Tobias Barreto – captou no ar o anseio pelas novas fundamentações teóricas, para além de França e Portugal.

Eis que o ponto crucial do pensamento de Tobias Barreto está no confronto, ou no verdadeiro enfrentamento, ao positivismo que fortemente vigora no Brasil, e em especial no mundo acadêmico, palco quase exclusivo de atuação desse jurista. Assim aduz Paulo Mercadante a respeito: “é curioso observar que Tobias primeiramente se amparou no positivismo para os golpes desferidos contra Cousin. Mas no abandono do positivismo é que está o mérito do pensador. Entre a ideologia que negava a evolução e a evolução própria transformada em ideologia, optava ele pela última, e aí reside o seu ingresso no germanismo”. E arremata: “era, pois uma tomada de posição filosófica. Assim como se identificava o ecletismo com o espírito francês da Restauração, identificavam-se evolucionismo e espírito germânico”²¹⁹.

E assim complementa, e sintetiza, Antonio Paim:

²¹⁹ MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Op. Cit.*, p. 156.

A obra filosófica que nos legou não foi o resultado de uma elaboração sistemática, o que não deixa de apresentar certos aspectos positivos. Consistem estes em ter assim buscado aquele núcleo de idéias que melhor poderiam corresponder às solicitações do ambiente nacional, ao invés de arrimar-se num sistema homogêneo e integralmente constituído no exterior. Desse modo, estimulou o pensamento brasileiro a seguir desenvolvendo-se no plano das idéias filosóficas, rompendo portanto com a dogmática positivista, que implicava numa renúncia prévia à constituição de qualquer pensamento filosófico no País. Por isto mesmo representa o momento de transição para a obra de Farias Brito. E como em seu bojo não haveria apenas aquela perspectiva, outras tantas de suas idéias e da Escola do Recife dariam base à meditação de Pontes de Miranda, de cuja escola resultaria o humanismo crítico de Djalir Meneses, sem dúvida uma das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea no Brasil.²²⁰

Nesse contexto, consegue Tobias Barreto, em certa medida, preservar a intelectualidade nordestina da tradição comteana que assola o Império brasileiro, ao menos no sul, região essa quase que eivada de invulnerabilidade filosófica. Seguindo uma linha notadamente neokantiana, tenta incorporar um certo cientificismo não dogmático, reivindicando a metafísica e a conseqüente – e necessária – implantação de um humanismo.

Ensinava o mestre, desde 1875:

É preciso que nos convençamos: a magna questão dos tempos atuais não é política, nem religiosa, é toda social e econômica. O problema a resolver não é achar a *melhor forma de governo* para todos, porém, a *melhor forma de viver* para cada um; não é *tranqüilizar as consciências*, porém, *tranqüilizar as barrigas*. Que importa ao homem do povo que lhe dêem o direito de *votar*

²²⁰ *Idem*, p. 172.

*em quem quiser, se ele não tem o direito de comer o que quiser? Que lhe aproveita a liberdade de ir ao templo, quando queira, e orar ao Deus, como lhe aprouver, se ele não tem o poder de ir ao mercado, quando lhe apraz, e comprar o que precisa. Nada há menos político e religioso, do que a fome. O peito agüenta meia dúzia de pancadas em ar de contrição; os joelhos suportam largas horas de posição devota em cima de tijolo; mas a barriga... oh! é uma libertina; não sofre com paciência dez minutos de necessidade. Assim, o que convém mais que tudo, é dar ao povo os meios de passar melhor e não enchê-lo de contínuo incenso, chamando soberano a esse pobre João sem Terra, como justamente o qualificou Proudhon.*²²¹

Mas o germanismo por ele cultivado destacou estudos peculiares que foram compilados atabalhoadamente (é o autor quem assim confessa: “o que eu podia dizer para justificar-me da exquisitesce de dar ao publico um livro dessa natureza, aparentemente sem unidade e sem homogeneidade...”²²²).

Merece atenção o que observa a respeito do nacionalismo de *Henrique von Treitschke e o movimento anti-judaico na Alemanha*:

(...) é certo que não conheço, na prosa moderna, um escriptor mais finamente persuasivo, mais insinuante, e quase podia dizer mais perigoso que o fecundo auctor dos *Historische Aufsätze*. Monarchista e imperialista convicto, sob a bandeira da unidade allemã, Treitschke tem, entre outros, o grande merito de haver afirmado o imperio, quando isto ainda era um sonho, e muito antes que o grande acontecimento viesse dar razão ao sonhador. Assim anteriormente a Sedan, anteriormente mesmo a Konnigrutz, em 1863, no seu notavel discurso proferido em Leipzig por ocasião de uma festa popular, já elle traçava o plano geral do edificio, que sete annos depois ergueu-se majestoso; já elle, por assim dizer, e para

²²¹ BARRETO, Tobias. *Varios Escriptos*. Em *Obras Completas*, v. X. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 126.

²²² BARRETO, Tobias. *Estudos allemães*. Em *Obras completas*, v. VIII. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. XXXII.

servir-me de uma expressão accommodada ao assumpto, *messianizava* sobre a futura grandeza da Allemanha.²²³

O tomo se estrutura em livres ensaios que perpassam inúmeros assuntos, da *influencia do salão na litteratura*, de *um ensaio de pre-historia da litteratura classica allemã*, aos aspectos religiosos apontados em *uma pequena excursão no dominio da theologia*, ou nas *notas de critica religiosa*.

E no ensaio político Tobias Barreto tem a perspicácia de antecipar acontecimentos, apesar de já estar o tema em pleno debate na Europa, nesse sentido:

A Prussia insiste em apunhalar a França; e a Europa cruza os braços ante o quadro hediondo que offerece a execução de tão negro projecto!... Ah! quem nos dirá que as outras nações, competentes para se interpoem na luta, não estejam, ao contrario, desejosas de um precedente, afim de poderem tambem fundar algum direito na força do *exemplo*? Quem nos dirá que a Russia não tenha, á esta hora, diante de si, a idéa do *slavismo* politico, de que ella será o *Pan*?

Como vai a humanidade! Como tudo que se pensa e que se diz em abono da verdade, em prova do progresso, é de repente socado nos canhões, estas boccas que só falam para desmentir o ideal da justiça e do direito! (...)

Não é impunemente que os individuos ou os povos procuram tirar dos outros o que julgam que lhes falta; além de que nada falta a uma nação, quando ella tem a honra que consiste em manter illesos os seus direitos e respeitar os alheios.

Não desejamos, como em desabafo, que a Prussia veja abrir-se de dentro de seus designios, o abysmo de fogo que a devora. Pedimos antes que do bojo da nuvem em que se envolve o seu pensamento, surja uma nova idéa que a illumine.

²²³ *Idem*, p. 350.

Hoje só existe um conquistador sympathico: é o espirito humano, a quem pertencem a Allemanha sempre profunda e a França sempre grande.²²⁴



A vertente de abordagem de Tobias Barreto é notavelmente crítica, no que em muito se diferencia dos juristas anteriormente analisados.

Escreveu sobre *A questão do poder moderador*, onde admite de plano encontrar todas as questões de direito público brasileiro. Mas escreveu de forma “atravessada”, no sentido contrário ao dos autores “liberais” e “conservadores”, no contraponto das estruturas de ordem e poder dominantes. E com muito sarcasmo: “Não duvido que sejam sinceros os publicistas brasileiros em perscrutar o que eles dão como natureza e fundamentos racionais do poder moderador; todavia não deixam de levar em seus escritos alguma coisa de fútil e mesquinho, com que terá de divertir-se a geração futura”²²⁵.

Tobias Barreto escavou a crença quase religiosa na Constituição e a fé inabalável na centralização admitidas pelos juristas publicistas do Império, que vangloriavam a lei – constitucional – como supremacia das garantias fundamentais e a soberania do Imperador como eficácia de tais garantias. Aproveitou, nessa toada, para criticar a monarquia constitucional, instituição “cujo menor defeito tem sido derramar no espírito nacional um desânimo incurável e como que o tédio mesmo de uma velhice precoce”²²⁶.

²²⁴ *Idem*, pp. 500-501.

²²⁵ BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001, pp. 187-188.

²²⁶ *Idem*, p. 191.

Mas crê o autor, afinal, no legalismo como garante da liberdade, quando fundamenta o argumento na experiência inglesa (com especial destaque ao interesse público, ou “coletivo”):

O que dá vida e força a uma sociedade, não são os trabalhos e cuidados do seu governo, por mais justo e regular que ele se mostre. A liberdade que é princípio essencial da ordem pública, encerra alguma coisa de análogo à alma humana, no sistema dos animistas: – dá-se um corpo, articula-se, organiza-se a si mesma. Para ser útil e eficaz, ela deve ser semelhante a certos agentes químicos, que só se encontram na natureza em estado de combinação.

A Inglaterra compreende altamente esta verdade; e aquele importante agente do mundo moral se acha ali sempre encorpado a todas as grandes manifestações da atividade individual e coletiva; nunca, porém, como entre nós, disseminado e solto em vagas aspirações e anelos indolentes. Quem já não viu dar e não deu por sua vez à Inglaterra o título de egoísta?

Pois importa dizer que o título é incabível, se se atende que o espírito incansável de associação, caracterizador daquele povo, esta nobre faculdade do indivíduo combinar e harmonizar os seus com os interesses alheios, e concorrer assim para o bem geral, é o que há de mais oposto à idéia do egoísmo. Egoístas somos nós, por exemplo, é a nossa sociedade, onde as forças individuais não se agregam para formar qualquer todo, pelo receio que cada um tem de comprometer-se, *trabalhando para os outros*.

Egoístas somos nós, é a nossa sociedade, onde os homens não dobram o sentimento da vida própria com o sentimento da vida comum; e por isso não podem resistir nem protestar contra a tirania das coisas e a pressão das circunstâncias.

O regime parlamentar dos ingleses é um regime segundo as leis e por meio das leis.

O que nos apraz designar pelo nome de constitucional, ali é simplesmente legal. As leis, por que se regula o exercício da autoridade pública, têm adquirido uma extensão crescente desde o tempo da *Magna Carta*. O direito

administrativo inglês baseado em inúmeros estatutos do parlamento e milhares de leis, forma a parte desconhecida da Constituição do Estado, sobre a qual foi que Blackstone escreveu uma introdução.²²⁷

Chamou o jurista de “estranhável” e “ridículo” o intendo brasileiro de querer fundar bases (de um estado de direito) nacionais nos moldes estrangeiros. Por uma questão de “cultura” e de “civilização”!

Ao combater Constant, Uruguai²²⁸, Brás e especialmente Zacarias (cujo texto sobre o Poder Moderador é “grande motivo de desesperação para o nosso país”), Tobias Barreto atingiu o âmago crítico de Poder Moderador com a preliminar verificação das suas origens – num maior distanciamento histórico –, no contexto de homens que viram “a revolução mentir e faltar a todos os seus compromissos”²²⁹: a questão do Poder Moderador – que carrega consigo, de certa maneira, a centralização, a soberania e o legalismo (essa “modernidade jurídica” que se está estabelecendo) – perpassa pela questão da responsabilidade ministerial, que se conecta, por sua vez, à questão maior da responsabilidade dos ministros nas monarquias constitucionais.

E esse é o ponto fulcral, para Tobias Barreto: se há ou não há, se é possível haver ou não é possível haver, no Brasil, um governo parlamentar. A crítica desemboca no ponto nevrálgico do próprio Estado [imperial] brasileiro, já às vésperas de seu encerramento.

²²⁷ *Idem*, pp. 200-201.

²²⁸ Disse o jurista que Paulino José, acerca do Poder Moderador, em seu *Ensaio*, “não é menos interessante pelo tom decisivo e austero, com que pareceu querer, por uma vez fechar o debate”. Disse ainda que “o nobre Visconde tinha os defeitos próprios de um legista: – dogmatismo, atitude magistral, e pouca ambição de descer ao fundo”. *Idem*, p. 213.

²²⁹ *Idem*, p. 215.



A cultura jurídica brasileira se forma no Império a partir de inúmeros contributos, mas é perfeitamente viável perceber na produção legislativa e doutrinária – em âmbito de direito público – o princípio de uma clara intenção em se distanciar dos preceitos jurídicos portugueses, que ainda perduravam – e perduraram – pelo início do século XIX no Brasil.

Assim, as obras e produções analisadas, plenamente inseridas no contexto da modernização jurídica no Brasil, dão pistas ou sinais para o entendimento de uma cultura jurídica brasileira de direito público, ao longo do século XIX.

Cabível, pois, como se fez, a abordagem transversal e contextualizada dessa produção, na apresentação das principais categorias que permeavam o próprio labor desses juristas: o bacharelismo, o ensino jurídico, o papel do Conselho de Estado e do Poder Moderador e a inserção dos juristas nesse meio, a associação profissional dos advogados atuantes, a ciência jurídica nos limites e confrontos com o legalismo.

CONCLUSÕES

“Não se pode separar o Direito da Política, já que a norma jurídica é uma conduta política.”

Evaristo de Moraes Filho

O estudo da história do direito recentemente ganhou corpo no Brasil, mesmo com análises que ainda teimam na mera descrição de “fatos históricos”, sem a competente crítica respaldada nos conhecimentos, fundamentações e discussões particularmente jurídicas.

Para se fazer história do direito, não basta coletar documentos, “fontes primárias” em arquivos, tirar o pó dos processos antigos, transcrevê-los, recontar a história na maneira que se encadeou e publicar sob um rótulo historiográfico definido.

A pretensão inaugural desta pesquisa ocorreu na medida de uma nova fórmula, ainda incipiente no Brasil. Ademais, não é fácil a produção de história do direito no Brasil haja vista sua inegável vinculação com a história européia – imediatamente (no respaldo prático) com a sistemática jurídica portuguesa do século XIX, filosoficamente com a herança francesa e germânica do pensamento iluminista do século XVIII, ou ainda do pensamento positivista, além das impregnações marxistas que estão sempre de plantão. Mas se for possível teorizar acerca de uma estrutura típica e genuinamente brasileira de pensamento jurídico, ou o que nessa pesquisa se chamou “cultura jurídica” num sentido estrito, por óbvio a investigação se iniciou nos aspectos de “sistemas de pensamento” que permearam a esfera jurídica (e judiciária), no intuito de perceber

a cultura jurídica brasileira sob a ótica do direito público e da modernização jurídica.

Eis o que justificou o presente estudo: a compreensão do momento histórico em que a cultura jurídica brasileira se estruturou, ou seja, deixou as influências européias (sem, no entanto, rejeitá-las por completo) e possibilitou diretrizes que inauguram uma sistemática própria em termos de procedimentos jurídicos (e judiciários) no Brasil imperial.

A primeira problemática levantada na pesquisa discutiu os limites e possibilidades de uma cultura jurídica brasileira, o que gerou a necessidade de enfrentamento metodológico acerca dos conceitos de cultura e civilização, na tentativa de aplicação direta e objetiva ao Brasil do século XIX. Para tanto, foi importante decompor os conceitos de cultura, cultura jurídica, cultura brasileira e cultura jurídica brasileira.

Fundamentou-se em Elias, Mirabeau, Heródoto, Tylor, Geertz, Kluckhohn, Thompson e Brusiin, a partir dos quais se tornou viável a percepção das distinções e proximidades entre os conceitos de cultura e civilização: cultura é corpo, civilização é alma. Um povo, esteja ele na civilização ou na barbárie, detém cultura, concernente no conjunto de signos e ritos, de costumes e comportamentos comuns, de crenças, práticas e racionalidades.

Aplicando a fórmula ao direito, tornou-se mister a percepção de metodologia peculiar, apresentada a partir da Escola dos *Annales* – que cunhou a história das mentalidades e a história cultural, recebendo de Hespanha o seu aplauso – mas efetivamente aprimorada pela Escola de Florença, na

particularização da história do direito, porquanto desde Dosse recebia críticas de insuficiência para essa específica disciplina.

A *scuola Grossi* surgiu como importante resposta metodológica para produção de história do direito, ao aceitar que apenas ao historiador do direito é facultada melhor compreensão do fenômeno jurídico a ser verificado na história, pois conhece os pormenores, os meandros e os tecnicismos que estão postos além da “artificialidade” e “abstração” da história social.

Assim sendo, cultura jurídica advém de pensamento jurídico. Cultura jurídica é a expressão das relações entre civilização e pensamento jurídico (inerente à civilização). Pensamento jurídico é raiz; cultura jurídica é tronco. Tudo isso, de uma árvore chamada civilização.

Essa aparência (cultural), muito bem sustentada, está atrelada aos costumes, ao cotidiano do povo “civilizado”. Vida privada – e social – que possui, na origem, uma organização necessária, e que modernamente se vincula ao Estado. Mas fica muito claro em Grossi: o direito está antes do Estado; está na sociedade. E esta faz o Estado, quem se apropria do direito para dar retorno à sociedade. A cultura jurídica está impregnada nesse mecanismo de reciprocidade.

Seguindo essas pistas, foi possível identificar, na instrumentalidade da antropologia cultural, a civilização brasileira e a conseqüente cultura brasileira. Insistindo na problemática originária, questionou-se acerca da existência da cultura jurídica brasileira, porquanto estaria ela necessariamente ligada a uma possibilidade de “civilização brasileira”. Na fundamentação de Holanda, Freyre, Carvalho, Faoro, Bosi e Mota, concluiu-se pela existência de uma civilização

brasileira, que gerou como via acessória a cultura jurídica brasileira. E há civilização brasileira porque há uma série de características peculiares no Brasil desde a independência (ou mesmo desde antes): hábitos, costumes, práticas de sociabilidade que constituíram no Brasil o seu “processo civilizador”.

A partir daí, engendrada preliminarmente uma primeira conclusão, passou-se a investigar de que maneira seria possível identificar na prática a cultura jurídica brasileira, ou ao menos alguns sinais de sua efetiva existência. Suas maiores questões: de que maneira é pensado o direito no Brasil? Como e por quem é feito? Para quem é realizado? Parte da resposta estava nos juristas do Império, aqueles que estudavam e professavam a ciência do direito, os “sabedores do direito”, os juristas publicistas que modernizavam o direito no Brasil. Pois afinal, construíram o arcabouço legislativo da nova nação (brasileira), no claro intuito de rompimento ratificante da independência política do País.

As fontes formais mereceram especial consideração, pois a ciência jurídica nacional ainda estava fortemente comprometida com o legalismo e suas possibilidades interpretativas, seja no intuito do rompimento com a ordem portuguesa, seja na perspectiva da consolidação do Brasil independente.

Nesse ponto, o liberalismo se constituiu importante vertente ideológica, dando diretrizes para a doutrina jurídica publicista, mas, de certa forma, sempre assustado com o fantasma do conservadorismo, a quem por muito tempo prestou temor reverencial.

As elites propagavam o liberalismo, a exemplo da fundação das escolas de direito, gritavam ideários federalistas e até mesmo republicanos, mas,

“curiosamente”, não admitiam a abolição da escravatura e não abriam mão de uma estrutura de poder muito bem concentrada.

Sendo inevitável pensar a prática dos juristas em conexão aos interesses do poder estabelecido, a escolha dos mesmos se deu em virtude de seus ofícios no escopo de interpretação do direito no seu contexto, ao longo do Império. Assim, a “ocupação” dos juristas foi realmente um dos principais aspectos de consolidação do ideário que acarretou em uma cultura jurídica própria no Brasil.

Toda essa contradição foi perceptível nas penas de Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Antônio Pimenta Bueno, Paulino José Soares de Sousa e Tobias Barreto de Meneses. O ferramental legislativo construído pelos juristas “legalistas”, dentre eles talvez Vasconcelos como o maior de todos, pretendeu, em primeira instância, a superação do regime colonial (apesar da formalizada independência), projetando assim as bases para organização desse novo Estado.

Todo o processo legislativo, desde 1823, carregou consigo a peculiaridade e distinção do Império constituinte. Logo em seguida à Constituição – documento que inegavelmente inaugurou a legislatura nacional – seguiu-se uma atividade legislativa feroz, como se depreende do Ato Adicional de 1834 e da Lei de Interpretação de 1840 (aquela que recria o Conselho de Estado).

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 organizou o estamento burocrático na forma de Províncias, todas aliadas ao Império. Trata-se de uma descentralização quase federativa, insurgente à concentração dominante do modelo de Bragança. De convicção notadamente liberal, pretendeu aproximar o

governo do povo, mantendo a estrutura do imperialismo. Seu redator: Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Sem contar o Código Criminal do Império, de 1830: Bernardo Pereira de Vasconcelos está à frente do projeto e, como não poderia deixar de ser, denota-lhe viés eminentemente liberal, na fundamentação teórica inglesa e francesa. Eis a expressão de Wolkmer a esse particular, compilando José Murilo de Carvalho:

Tal estatuto era não só redigido segundo a melhor doutrina clássica penal, como também, se afinava com o espírito liberal da época. Representava um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. Ainda que tenha conservado a pena de morte – mais tarde transformada em prisão perpétua – orientava-se de um lado pelo princípio da legalidade, ou seja, a proporcionalidade entre o crime e a pena; de outro, pelo princípio da pessoalidade das penas, devendo a aplicação da pena incidir exclusivamente no condenado, não se estendendo aos descendentes.²³⁰

O primeiro esboço do Código Criminal foi apresentado pelo magistrado – desembargador juiz de fora na Câmara do Rio de Janeiro – José Clemente Pereira, em 1826, concernente numa compilação do direito penal vigente. Mas teve em Bernardo Pereira de Vasconcelos, sob inspiração austríaca²³¹, um projeto original, com profundas alterações na forma, seguidas de renúncias aos preceitos filipinos.

A maior discussão esteve centrada na questão da pena de morte. Era lida como inconstitucional, por força do artigo 179 da Carta Outorgada, que

²³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. Cit.*, p. 92.

²³¹ Código Penal Austríaco, de 1803. Utilizou também o Código Criminal Português e o Código Criminal da Toscana, ambos de 1786, além do Código Penal Francês, de 1810.

consagrava a impossibilidade de “penas cruéis”; nada mais cruel do que a morte! Mas fora mantida, tendo sido substituída pela prisão perpétua.

O pretenso liberalismo da pena de Bernardo Pereira de Vasconcelos manteve, no entanto, a desigualdade de uma nação ainda imperial, como é o exemplo de diferenciar os escravos (e suas atitudes conseqüenciadas em penas diversas das “ordinárias”, como é o caso da pena de açoite, extinta na Constituição de seis anos antes), ou então homens de mulheres (crimes e penas a mulher adúltera e, *contrario sensu*, justificativa de crime contra mulher adúltera). Além disso, eram justificados inúmeros crimes (leia-se: vinganças) sob alegação de defesa própria, o que incluiria a defesa da honra, da liberdade e da propriedade.

Quando a legislatura é instalada em 1826, nota-se no seu quadro, na representação da Província de Minas Gerais, este jurista pragmático, unanimemente aclamado como “a mais poderosa inteligência de sua época”: advogado, parlamentar e legista sem livro escrito, juspublicista do Império a partir de suas atividades que, no palco político, fizeram direito “versado, discutido, com segurança e inventiva, sempre preso ao fato, à vida social que [lhe] ditava a ação”²³².

Na nova geração, José Antonio Pimenta Bueno, magistrado, se tornou o estudioso – e referência doutrinária – do Direito Constitucional, ao publicar em 1857 o seu *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Tem-se como o primeiro livro de relevo no constitucionalismo brasileiro.

²³² DUTRA, Pedro. *Op. Cit.*, p. 42.

Publicou no intuito de auxiliar aos estudiosos do tema a compreensão sistematizada da Carta de 1824, ou seja, em claro escopo didático, na certeza de inexistir, até então (1857), qualquer manual que tratasse do assunto. Ainda, para, segundo o autor, instrumentalizar o cidadão brasileiro, não necessariamente familiarizado com a linguagem do Direito, mas consciente de sua participação ativa na formação da nação, e que tem como obrigação o conhecimento de seus direitos e deveres, referenciados na Lei Maior.

Dessa forma, traduziu em linguagem simplificada a distinção entre interesse público e interesse privado, moderna verificação recepcionada pelo “absolutismo jurídico” e que conduzia à tradicional separação doutrinária entre Direito Público e Direito Privado, que, ademais, engendraram conseqüências, observadas no exercício do poder oficial (daí a divisão de poderes).

A obra, pois, evolui por entre os capítulos que trabalham, a partir do direito comparado e das referências estrangeiras, a supremacia da constituição, a hierarquia e espécie das leis, os ramos do direito, a principiologia jurídica como fundamento essencial de qualquer organização política, o direito administrativo como “baluarte do Estado”, mas, sobretudo, o Estado (imperial) como sustentáculo e provedor absoluto de toda a condição nacional brasileira.

Daí a ação administrativa, centrada na figura de D. Pedro II, a ser defendida com garra por Pimenta Bueno, quem admitia ser este o modelo mais propício ao desenvolvimento do País. Por isso o capítulo que trata do Poder Moderador, aquele que está acima de todos os outros, se tornou central na sua

obra, ao atribuir a esta verdadeira instituição a condição de “suprema inspecção da nação”, na diferença pertinente com o Poder Executivo.

E quando tratou, finalmente, da hermenêutica jurídica – “a explicação do sentido da lei” – ressaltou o jurista um dos mais valiosos fundamentos para a ciência do direito público, derivado “por via de autoridade” (Poder Legislativo) ou, minorado, por via interpretativa (Poder Judicial e Poder Executivo). Minorado porque o autor, em verdade, atribuía ao Poder Legislativo – e somente e ele – o condão (ou legitimidade) de alterar aquilo que originariamente formulou, o que, convém ressaltar, não exime o Poder Judicial – e os partícipes dessa relação – de imprimir a sua *opinio* no caso concreto: faculdade conferida pela lei de extrair o seu sentido.

É certo que esse projeto liberal pouco acrescentou às reais necessidades do povo brasileiro, e mais contribuiu para com a burocratização da administração pública, formando o que Faoro denominou “estamento burocrático”. E a análise contextualizada desse evento foi realizada na obra de Paulino José. Deputado, Senador, Ministro, Diplomata, escreveu o manual considerado a melhor doutrina de direito administrativo do Império, onde apontou especial relevância ao Conselho de Estado e ao Poder Moderador.

O Visconde do Uruguai escreveu, em 1862, dentre outros, o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, texto com o qual o Brasil atingia a primeira doutrina nacional acerca da matéria. Obra de perfil didático-doutrinário, estava dividida em partes que tratavam da ciência administrativa, do direito administrativo

(conceitos, princípios e natureza), além dos pontos fulcrais, cerne da centralização política brasileira: o Conselho de Estado e o Poder Moderador.

Paulino José emprestou de Pimenta Bueno o irretocável e essencial conceito de Poder Moderador; serviu esse, pois, de referência doutrinária àquele. Para o jurista, a premissa fundamental era a independência e a ausência de laços de responsabilidade que mantinham com o Poder Executivo. O que acarretava no tema de centralização administrativa, abordado pelo autor a partir do direito comparado (nas notáveis experiências da França, Inglaterra e Estados Unidos).

É possível dizer que em torno dessas obras (*Direito Público...* e *Ensaio...*) centrou-se na doutrina jurídica publicista do Brasil imperial o tema de maior importância para a manutenção do sistema dominante: a centralização do poder a partir do Poder Moderador.

O que acaba, por sua vez, a receber críticas de uma doutrina mais próxima do tempo da República, a agitação jusfilosófica de Tobias Barreto de Meneses. Em *A questão do poder moderador*, curtíssimo texto presente nos *Estudos de direito* (Obras Completas), escrevia que esse “princípio caduco” traduz uma instituição que só faz desanimar a nação. Criticou a obra de Pimenta Bueno, alegando ser de estilo meramente compilatório e escolástico. Criticou também a obra de Paulino José, aplicando-lhe a pecha de legalista, dogmático e superficial. Esse é o próprio grau de importância de sua obra no contexto da segunda metade do século XIX: submeter os ilustres juristas ao questionamento crítico e instaurar polêmicas comprometidas tão somente com a evolução da ciência jurídica.

Em Tobias Barreto restou clara a rebeldia, que em verdade não caracterizou revolução. Professor influente, quem se apropriou do positivismo para depois refutá-lo, mereceu especial destaque porque formou uma geração de juristas, com o seu germanismo desenvolvido na “Escola do Recife”, que encaminhou os debates rumo à República brasileira.

O perfil dos juristas estudados remeteu inevitavelmente a sua “carga discursiva”, ela mesma a própria cultura jurídica, ou uma de suas dimensões. Afinal, essa carga traz consigo a formação cultural do jurista, o modo de inserção e de adaptação do legado europeu. Por esse motivo a pesquisa se concentrou na produção do jurista enquanto agente de criação, circulação, difusão, adaptação e transformação da cultura jurídica no Império.

As dimensões de compreensão dos juristas e de sua carga discursiva foi delimitada pelo seu papel desempenhado nas instâncias institucionais (no parlamento, no governo, em comissões *etc.*), onde a relevância “política” sobressaiu, pelo seu modo de inserção nos mecanismos de circulação cultural, e pelo modo como cada jurista tratou, internamente, sua ciência: a maneira como escreveu, o que criou e o que adaptou da cultura jurídica européia. Nesse ponto, restou comprovada uma fundamentação rigorosa no campo do direito comparado, a todos os autores analisados.

As principais chaves de encadeamento para os juristas estudados foram a sua abordagem acerca do legalismo (o papel da lei como agente garantidor da liberdade), os métodos de interpretação da lei (vinculados, como visto, à redução legalista), o papel da soberania atrelada à questão do Poder

Moderador, e a abordagem das fontes de direito (o direito comparado e a exclusão, pela lei, das formas tradicionais de operação do direito).

Ou seja, a pesquisa pretendeu estabelecer um esforço de compreensão da cultura jurídica brasileira, sobretudo por aquilo que foi chamado, em alguma medida, de “ciência” em determinado momento (a ciência produzida por estes destacados juristas), tanto teórica quanto prática, objetivando, afinal, a avaliação da medida em que a cultura jurídica juspublicista brasileira adaptou o legado de modernização jurídica (e política).

Em suma, o estamento burocrático, pautado no legalismo que lhe fora peculiar, consagrou parte da ideologia da cultura jurídica brasileira, concernente no bacharelismo liberal, ao menos na primeira metade do século XIX. Somou-se a isso a criação dos cursos jurídicos, que se justificavam pelo desprendimento da formação estrangeira aos filhos dos barões, não obstante a acessibilidade às classes desfavorecidas, a consolidação do Instituto dos Advogados Brasileiros, que tentava, ora na contramão do sistema dominante, ora no seu próprio rumo, redefinir as bases de uma sistemática jurídica e até mesmo judiciária, e o considerável arcabouço jurídico-burocrático, desde a Constituição de 1824 até as tentativas de codificação, que culminou somente na República com o Código Civil de Bevilacqua.

Aspecto de primordial relevância é a percepção de que a formação dessa cultura jurídica de direito público está fortemente atrelada à produção política do próprio direito, que sai do particular, vai ao público, e retorna ao particular.

Pois é isso a política: a captação de interesses coletivos relativos ao povo que outorga representação, a transformação desses direitos – existentes anteriormente aos artifícios – em regras, seguido, finalmente, da redistribuição social daqueles interesses com efeito pleno e vinculante.

E é isso o direito na modernidade jurídica: antes de tudo, o conjunto de interesses coletivos, inerentes ao homem social, transmutados, após, pela política (e na lei), em garantias redistribuídas à sociedade.

E é isso a cultura jurídica, especialmente no Brasil em formação: a amarra do direito e da política, no desiderato de estabelecer em definitivo um Estado-nação brasileiro livre, independente, emancipado. Não que o objetivo tenha sido cumprido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALMEIDA, Enea de Stutz e. *Ecos da casa de Montezuma: o Instituto dos Advogados Brasileiros e o pensamento jurídico nacional*. São José: Conceito Editorial, 2006.
- ARANHA, Graça. *O meu próprio romance*. Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1931.
- BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Em *Obras completas*, v. VIII. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- _____. *Estudos de direito*. Em *Obras completas*, v. VI. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- _____. *Estudos de direito*. Em *Obras completas*, v. VII. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- _____. *Introdução ao estudo do direito. Política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Questões vigentes de filosofia e direito*. Em *Obras Completas*, v. IX. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- _____. *Varios Escriptos*. Em *Obras Completas*, v. X. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. 4ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- BRASIL. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil – documentos parlamentares*. Brasília; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.
- BRUSIIN, Otto. *El pensamiento jurídico*. Traducción de Jose Puig Brutau. Buenos Aires: EJE, 1959.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857.

_____. *José Antônio Pimenta Bueno*. Org. e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002.

_____. *Relatorio da Repartição dos Negocios da Justiça apresentado á Assembleia Geral Legislativa na 1ª Sessão da 7ª Legislatura em 1848 pelo respectivo Ministro e Secretario d'Estado José Antonio Pimenta Bueno*. Rio de Janeiro: Typ. do Diario de N. L. Vianna, 1848.

CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo (orgs.). *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

_____. [Introdução à] *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1999.

_____. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. *Entre a autoridade e a liberdade*. In: SOUSA, Paulino José Soares de. Paulino José Soares de Sousa. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002.

_____. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Um esteio da liberdade na côrte do 2º império: a vida e a obra de José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, jurista e parlamentar paulista (1803-1878)*. São Paulo: Sugestões literárias, 1973.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico, v. 1. Milano: Giuffrè, 1982.

CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969.

CLAVERO, Bartolomè. *Del pensamiento juridico en el estudio de la história*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 13. Milano: Giuffrè, 1984.

COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_____. *Passado: dilemas e instrumentos da historiografia*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 47. Curitiba: UFPR, 2008.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOSSE, François. *A História em Migalhas: dos Annales à nova história*. Tradução de Dulce A. Silva Ramos. Campinas: Edunicamp, 1992.

DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Padma, 2004.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador, v. 1: Uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica*. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD-UFPR, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Pimenta Bueno, o constitucionalista do Império*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 72(2):123-31, 1977.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*. In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006.

_____. *A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. In: Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, v. XVII, p. 97-112, 2005.

_____. *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento*. In: Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, v. 33/34, p. 963-984, 2005.

_____. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*. In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, nº 35. Milano: Giuffrè, 2006.

- FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 36ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1999.
- _____. *Sobrados e mucambos*. 15ª ed., São Paulo: Global, 2004.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- GROSSI, Paolo. *Diritto canonico e cultura giuridica*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 32. Milano: Giuffrè, 2003.
- _____. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *L'Europa del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- _____. *L'Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. 2ª ed., Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- _____. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Scienza giuridica italiana: um profilo storico – 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. *Sulla storia del pensiero giuridico*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 11/12, Tomo II. Milano: Giuffrè, 1982/1983.
- _____. *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- _____. (a cura di). *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1986.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- _____. *Historia das instituições. Época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

_____. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KUGELMAS, Eduardo. [Introdução à] *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. BUENO, José Antônio Pimenta. *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. Org. e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002.

LACOMBE, Américo Jacobina. *A cultura jurídica*. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira*, Tomo II, 3º v. 2ª ed., São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

LE GOFF, Jacques. *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira*. In: Almanack Braziliense nº 5, São Paulo: IEB-USP (eletrônica), maio de 2007.

_____. *O direito na história: lições introdutórias*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

LOSANO, Mario G. *La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 21. Milano: Giuffrè, 1992.

LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na teoria do conhecimento*. 5ª ed., São Paulo: Cortez, 1994.

MARTINS, Luís. *O patriarca e o bacharel*. 2ª ed., São Paulo: Alameda, 2008.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. *A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial*. In: Revista Topoi, v. 7, nº 12, jan-jul 2006.

- MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Ed. da USP, 1972.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Sílvio Romero*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira: 1933-1974*. 9ª ed., São Paulo: Ática, 1994.
- _____. (coord.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro, v. I – Século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- NABUCO, Joaquim. *Joaquim Nabuco: política*. Org. Paula Beiguelman, Coord. Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1982.
- NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- OLIVEIRA, Terezinha. *A universidade medieval: uma memória*. In: COSTA, Ricardo da (coord.) *A educação e a cultura laica na Idade Média*. Publicado na Revista eletrônica de história antiga e medieval, ISSN 1676-5818, dezembro de 2006. <<http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num6/art5.html>> acessado em 10/02/2010.
- OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. *O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do século XIX*. In: Almanack Braziliense nº 5, São Paulo: IEB-USP (eletrônica), maio de 2007.
- ORLANDO, Pedro. *Novíssimo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: LEP, 1956.
- PINO, Angel. *Cultura e processo civilizador: um confronto de idéias de N. Elias e Lev S. Vigotski*. IX Simpósio Internacional Processo Civilizador, Ponta Grossa, 2005.
- RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). *Brasileiros e cidadãos: modernidade política (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2008.
- SALDANHA, Nelson. *O pensamento jurídico brasileiro contemporâneo*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 23. Milano: Giuffrè, 1994.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007.

SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SIDOU, José Maria Othon (org.). *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUSA, Octávio Tarquínio de. *História dos fundadores do império do Brasil, v. 5 – Bernardo Pereira de Vasconcelos e Evaristo da Veiga*. 3ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1972.

SOUSA, Paulino José Soares de. *Paulino José Soares de Sousa. [Ensaio sobre o direito administrativo]*. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002.

_____. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. [reimpressão fac-similar da edição de 1960].

_____. *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José Soares de Sousa, 18 de outubro de 1836*. s.l.: s.e., 1836.

_____. *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José Soares de Sousa, 3 de março de 1838*. s.l.: s.e., 1838.

_____. *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Sousa, na abertura da 2ª sessão da 2ª legislatura da Assembléia Provincial acompanhado do orçamento da receita e despesa para o ano de 1839 a 1840*. 2ª ed. Niterói: Typographia de Amaral & Irmão, 1851.

_____. *Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Sousa, na abertura da 1ª sessão da 3ª legislatura da Assembléia Provincial acompanhado do orçamento da receita e despesa para o ano de 1840 a 1841*. 2ª ed., Niterói: Typographia de Amaral & Irmão, 1851.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça apresentado à Assembléia Geral Legislativa na sessão ordinária de 1841, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1841.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 5ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1843.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Comp., 1850.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 2ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1850.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 3ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1851.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 4ª sessão da 8ª legislatura, pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1852.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª sessão da 9ª legislatura pelo respectivo ministro e secretário de Estado Paulino José Soares de Sousa*. Rio de Janeiro: Typ. do Diario de A. & L. Navarro, 1853.

_____. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese doutoral apresentada ao PPGD-UFPR, 2009.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: il Mulino, 1976.

THOMPSON, Edward Palmer. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. Tradução de Rosaura Eicheemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 1999.

_____. *Relatório Apresentado á Câmara dos Senhores Deputados pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negócios da Fazenda Bernardo Pereira de Vasconcellos na Sessão de 1832*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832.

_____. *Relatorio da Repartição dos Negócios do Império Apresentado á Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária de 1838 Pelo Respectivo Ministro e Secretario de Estado Interino Bernardo Pereira de Vasconcellos*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1838.

VASCONCELLOS, José Marcellino Pereira de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C., 1860.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *A cultura jurídica e a arte de governar: algumas hipóteses investigativas sobre a Seção de Justiça do Conselho de Estado*. In: Almanack Braziliense nº 5, São Paulo: IEB-USP (eletrônica), maio de 2007.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil)*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.